Relative (einseitige) Unwirksamkeit

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

FRITZ KUHLMANN

Gerichtsreferendar und Oberleutnant a. D.

aus Brake i. Lippe

MARBURG 1936

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 12. November 1935.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Merk

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTS-VERZEICHNIS

I. Teil: Die Rechtsnatur der relativen Unwirksamkeit.

§ 1: Das fehlerhafte Rechtsgeschäft im römischen und gemeinen Recht.

§ 2: Das fehlerhafte Rechtsgeschäft nach dem Rechte des BGB.

§ 3: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

§ 4: Unwirksamkeit.

§ 5: Begriff und Wesen der relativen Unwirksamkeit.

§ 6: Wirkungen der relativen Unwirksamkeit.

§ 7: Relative Unwirksamkeit in Abgrenzung zur absoluten Unwirksamkeit.

II. Teil: Das Anwendungsgebiet der relativen Unwirksamkeit.

§ 8: Die Fälle.

§ 9: Scheinbare Fälle relativer Unwirksamkeit.

SCHRIFTTUM.

Alexander: Der Begriff der Unwirksamkeit im B.G.B. Berliner Diss. 1903.
Biermann: Bürgerliches Recht I. Band 1908.
Binder: Die Rechtstellung des Erben nach dem B.G.B. III. Teil 1907.
Brandis: Im „Recht" 1904. S. 501 f.
Brodmann: Gesetz betr. die G.m.b.H. II. Aufl. 1930.
Brückmann: In Blätter für Rechtsanwendung, begr. von Seuffert-Glück, Bd. 71 (1906). S. 437 ff.
Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 6. Aufl. 1913.
Crome: System des bürgerlichen Rechts. I. Bd 1900; II. Bd. 1902.
Crüger-Crecelius: Das Reichsgesetz betr. die G.m.b.H. 6. Aufl. 1922.
Dernburg: Pand. I. Bd. 2. Aufl. 1888.
Dernburg: Allgemeine Lehren des Bürgerlichen Rechts. 1902. Die Schuldverhältnisse, 1. Abt. 3. Aufl. 1905.
Dittenberger: Im Archiv Bgl. Recht Bd. 36. S. 343 f.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch III. Bd. I. Teil. 3. Aufl. 1934.
Eccius: In Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 481 ff.
Ebbeke: In Gruchots Beiträgen Bd. 61 S. 564 f.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts I. Bd. 9. Aufl. 1903; III. Bd. 2. Hälfte 8.—9. Aufl. 1920.
Enneccerus-Nipperdey-Lehmann-Kipp u. Wolff: Lehrbuch des Bgl. Rechts, 9.—13. Bearb. 1930—1932.
Esser: Das Reichsgesetz betr. die G.m.b.H. 4. Aufl. 1908.
Feine: Im Handbuch des gesamten Handelsrechts, hrsg. von Ehrenberg, III. Bd. 3. Abt. 1929.
Fischer-Henle: B.G.B. 13. Aufl. 1927.
Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung. 3. Aufl. I. Bd. 1913.
Förtsch: Gesetz betr die G.m.b.H. in der Fass. vom 1. 1. 1900/1899.
Frommhold: BGB. 5. Buch Erbrecht, 1. Aufl. 1900.
Fuchs: In Archiv Bgl. Recht Bd. 34 S. 399 ff.
Fuchs: G.B.O. I. Bd.: Materielles Grundbuchrecht 1902.
v. Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. I—III, 1895, 1905 und 1917.
Goldmann-Lilienthal: Das BGB., I. Bd. 2. Aufl. 1903.
Güthe: In Gruchots Beitr. Bd. 57 S. 86 ff.
Güthe-Triebel: Die G.B.O. 1929.
Hellwig: Wesen u. subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts I. Bd. 1903.
Hachenburg: Kommentar zum Gesetz betr. die G.m.b.H. 5. Aufl. 1926.
Hamburger: In Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 58 f.
Hellmann: Vorträge über das BGB., Allg. Teil, Freiburg 1897.
Herold: Im Sächs. Archiv für Rechtspflege 1906 Heft 21. S. 481 ff.
Hölder: Kommentar zum B.G.B., Allg. Teil 1900.
Hönn: Beschränkungen in der Veräußerung von Geschäftsanteilen der G.m.b.H. durch den Gesellschaftsvertrag, Jenaer Diss. 1931.
Hünerfeld: Über die gesetzl. u. richterl. Veräußerungsverbote des römischen und heutigen Rechts. Breslauer Diss. 1905.
Iacobi: Im Archiv für die ziv. Praxis Bd. 86 (1896). S. 51 ff.
Jaeckel-Güthe: Komm. zum Z. V. G. 6. Aufl. 1929.
Jaeger: Komm. zur K. O. I. Bd. 6.—7. Aufl. 1931.
Jhering: Geist des römischen Rechts III. Bd. I. Teil, 3. Aufl 1877.
Jung: In Stammler: Das gesamte deutsche Recht, Teil IV, 1931.
Kaufmann: Eigentum am Gesellschaftsvermögen. 1911.

Knoke: In Festgabe für Güterbock, 1910.
Kohler: Lehrbuch des Bgl. Rechts I. Bd. 1906, II. Bd. I. Teil 1906.
Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. 1929.
Fr. Leonhard: In Dogm. J. Bd. 41 (1900). S. 41 ff.
— Bürgerliches Recht 2. Aufl. 1926.
— Die Beweislast. 2. Aufl. 1926.
— Allg. Schuldrecht des B.G.B. 1929.
— Besonderes Schuldrecht des B.G.B. 1931.
— Bürgerliches Gesetzbuch 5. Buch: Erbrecht, 2. Aufl. 1912.
R. Leonhard: Der allg. Teil des B.G.B. 1900.
Liebmann-Saenger: Kommentar zum Gesetz betr. die G.m.b.H. 7. Aufl. 1927
Lieven: Das nichtige und das anfechtbare Rechtsgeschäft nach dem Rechte des B.G.B. Erlanger Diss. 1909.
Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich. 19. Aufl. 1934.
Makower: Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. I. Bd. 1906.
Manigk: In D.J.Z. 1902. S. 279 f.
— Im H.D.R. v. Stier-Somlo u. Elster. Bd. 6 1929 S. 292 ff.
Markwald: Der Begriff der Unwirksamkeit im B.G.B. Rostocker Diss. 1903.
Mentzel: Komm. zur Reichs-Konkursordnung, 4. Aufl. 1932.
Mitteis: Dogm. J. Bd. 28 (1889). S. 85 ff.
Natter: Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte. Tübinger Diss. 1907.
Neumann: J. W. 1902. S. 454 ff.
Oertmann: In Dogm. J. Bd. 66. S. 130 ff.
— In Z.Z.Pr. Bd. 33. S. 24 ff.
— Bürgerliches Gesetzbuch. Allgem. Teil, 3. Bearb. 1927; Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt. 5. Aufl. 1928; 2. Abt. 5. Aufl. 1929.
Oettinger: Der Begriff der Unwirksamkeit im B.G.B. Rostocker Diss. 1904.
Parisius-Crüger: Das Reichsgesetz betr. die G.m.b.H. 13. Aufl. 1914.
Pfeiffer: Die Konvaleszenz unwirksamer Rechtsgeschäfte nach dem B.G.B. Erlanger Diss. 1910.
Pick: Die Veräußerung des Geschäftsanteils einer G.m.b.H. Leipziger Diss. 1912.
Planck-Strohal-Siber-Ebbecke: Kommentar zum B.G.B. 4. Aufl. 1913 bis 1930.
Predari: Die G.B.O. 1907.
Raape: Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1908.
Ramdohr: In Gruchots Beiträgen Bd. 44. S. 325 f.
Rehbein: Das B.G.B. I. u. II. Bd. 1899 und 1903.
Reinhard-Müller: Das Z. V. G. 6. Aufl. 1928
Reichel: In Dogm. J. Bd. 46. S. 111 f.
Reichmayr: Idee der Gläubigeranfechtung. 1913.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: 7. Aufl. 1929.
Salinger: Im Archiv Bgl. Recht, Bd. 19. S. 134 ff.
Saueracker: Der Begriff des gesetzl. Veräußerungsverbots. Hallenser Diss. 1913.
v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts, Bd. IV. 1845.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Z. P. O. 12. Aufl. I. Bd. 1932.
Silberschmidt: In Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern. 1914, Heft 7 und 8. (Seuff. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 79).
Simon: Die rechtliche Natur der sachenrechtl. Einigung. Breslau 1907.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Aufl. 1929.
Solon: Zur Lehre von dem Veräußerungsverbot der §§ 135 und 136 B.G.B. Leipziger Diss. 1908.
Sydow-Busch-Krieg: Die K. O. 15. Aufl. 1929.
Schachian: Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Berliner Diss. 1910.
Schlegelmilch: Das relative Eigentum. Hallenser Diss. 1928.

Schmidt: Über gesetzl. u. richterl. Veräußerungsverbote nach früherem und heutigem Recht. Breslauer Diss. 1904.
Schmidt, Rudolf: Ausschluß der Abtretung. Marburger Diss. 1931.
Schmidt-Miehe: Der Vertrauensschutz des Zessionars bei Abtretung einer Scheinforderung oder bei Abtretung einer Forderung gegen Verbot. Erlanger Diss. 1931.
Scholz: Kommentar zum G.m.b.H.-Gesetz 1928. /
Schumann: Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht. 1924.
Staub-Pinner: Kommentar zum H. G. B. II. Bd. 1926.
Staudinger-Riezler-Werner-Kober-Herzfelder: Komm. zum B.G.B. 9. Aufl. 1925—1930.
Stein-Jonas: Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl. I. Bd. 1929.
Strohal: In Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allg. Bürgerlichen Gesetzbuches 1. Juni 1911. II. Teil 1911.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. In Bindings Handbuch, 10. Abt. I. Teil, Bd. I 1910; Bd. II, 1. Hälfte 1914; 2. Hälfte 1918.
Titze: Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1926.
Vollmar: Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte im Gegensatz zur Nichtigkeit im B.G.B. Würzburger Diss. 1920.
Voß: In Dogm. J. Bd. 60 (1911). S. 293 ff.
Warnemeyer: Kommentar zum B.G.B. 2. Aufl. I. Bd. 1930.
Wendt: Im Archiv für ziv. Praxis Bd. 89 (1899). S. 1 ff.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Aufl. 1882.
Th. Wolff: Das Reichsgesetz betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 3. Aufl. 1909.
Wünschmann: In Gruchots Beitr. Bd. 54. S. 209 ff.
Zauderer: Anfechtbarkeit und relative Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften. Marburger Diss. 1931.
Zitelmann: Das Recht des B.G.B. Allg. Teil. 1900.
— Irrtum und Rechtsgeschäft 1879.
— In Dogm. J. Bd. 73 S. 185 ff.
Kuhn: Die Unverfügbarkeit des Geschäftsanteils gem. § 719 B.G.B. Göttinger Diss. 1926.
Lehmann-Ring: Das H. G. B. II. Bd. 2. Aufl. 1913.
Lemke: Unwirksamkeit, ein Beitrag zur Terminologie des B.G.B., Leipziger Diss. 1908.
Warneyer: Die K. O. 1932.

I. Teil:
DIE RECHTSNATUR DER RELATIVEN UNWIRKSAMKEIT.

§ 1: Das fehlerhafte Rechtsgeschäft im römischen und gemeinen Recht.

Im Rechtsleben begegnet man sehr häufig der einstweiligen Verfügung. G. und V. streiten sich um ein Pferd, das sich im Besitz von V. befindet. V. will das Pferd veräußern. G. erwirkt daher nach §§ 935 ff. ZPO. eine einstweilige Verfügung, durch die V. verboten wird, über das Pferd zu verfügen. Trotzdem veräußert V. das Pferd an D., der von dem Streit zwischen G. und V. Kenntnis hat. Jetzt wird der Rechtsstreit G. gegen V. zu Gunsten von G. entschieden und G. verlangt von D. das Pferd zurück. Dringt er durch, trotzdem der Übereignungsvertrag zwischen V. und D. fehlerlos war? Ja, G. kann das Pferd herausfordern; wenn auch die Übereignung von V. an D. gültig und wirksam war, D. auf Grund dieser Veräußerung Eigentümer wurde, so hilft ihm dieser Eigentumserwerb dem G. gegenüber doch nichts; G. gegenüber ist der Übereignungsvertrag, der um seinetwillen vom Gericht untersagt war, ohne rechtliche Wirkung, wir sagen, er ist für G. im Sinn von § 135 BGB. relativ (einseitig) unwirksam.

Die Lehre von der relativen Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte ist wohl umstrittener wie jede andere Lehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Man streitet nicht nur darüber, welche Wirkungen das relativ unwirksame Rechtsgeschäft hat und wie diese Wirkungen mit Hilfe der Rechtsordnung durchzusetzen sind; man ist sich schon uneins, was überhaupt unter dem Ausdruck „relativ unwirksam" zu verstehen ist; gänzlich umstritten ist es schließlich, wo im Gesetz Fälle der relativen Unwirksamkeit sich finden. Worin liegt der Grund zu dieser Uneinigkeit? Für die Auslegung eines Rechtssatzes stehen der Wissenschaft verschiedene Hilfsmittel zur Verfügung; sie prüft den Wortsinn der Vorschrift, sucht in der Geschichte, welche Deutung man in früheren Zeiten und vergangenen Rechten derselben oder einer ähnlichen Norm gegeben hat, zieht andere Vorschriften und Gesetze heran, um durch Vergleich zu einer Klärung der Frage zu gelangen und prüft schließlich, ob das Ergebnis dem Gerechtigkeitssinn entspricht[1]). Bei dieser Arbeit kann die Wissenschaft meistens von feststehenden Grundbegriffen, die schon in der römischen und gemeinrechtlichen Rechtslehre entwickelt sind, ausgehen. Hieran fehlt es bei der Klärung des Instituts der relativen Unwirksamkeit. Nicht nur war dem römischen und gemeinen Recht eine einheitliche Systematik der Arten der Fehlerhaftigkeiten von Rechtsgeschäften unbekannt, wie noch unten zu belegen sein wird: der abstrakte Begriff „Rechtsgeschäft" selbst gehört dem modernen Rechte an und die Rö-

1) Vgl. Fr. Leonhard Bürgerl. Recht S. 8/9.

mer haben keine Begriffsbestimmung für das Rechtsgeschäft aufgestellt. Das gemeine Recht vermochte diese Lücke des römischen Rechts nicht auszufüllen. Besonders auf diese Umstände ist die Uneinigkeit in der Behandlung der relativen Unwirksamkeit zurückzuführen.

Eine Erforschung des Instituts der relativen Unwirksamkeit kann nun nicht ihren Ausgangspunkt schon bei der relativen Unwirksamkeit selbst nehmen; denn die Lehre von der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte setzt vorerst eine Klarstellung des Begriffs des Rechtsgeschäfts notwendig voraus; ebenso ist eine Festlegung der Wirkungen der relativen Unwirksamkeit nicht möglich ohne Abgrenzung gegen die übrigen Arten der Fehlerhaftigkeit von Rechtsgeschäften. Vor der Behandlung der relativen Unwirksamkeit ist daher der Begriff des Rechtsgeschäfts selbst und die Arten seiner Fehlerhaftigkeit in Kürze klarzustellen.

Der Begriff „Rechtsgeschäft" ist erst im Anfang des vorigen Jahrhunderts in die gemeinrechtliche Wissenschaft eingeführt worden. Einen entsprechenden technischen Ausdruck hatten die Römer nicht, sondern sie hatten nur Bezeichnungen für die einzelnen Geschäftsarten [2]). Allerdings trat schon in Rom ein Bedürfnis nach Generalisierung hervor und es finden sich in den Quellen Ausdrücke wie negotium juris, actus legitimi, quod gestum erit usw.[3]). Diese gelegentlichen Ausdrücke sind aber nicht als termini technici anzusprechen und aus ihrem Vorkommen ist nicht zu folgern, der einheitliche Begriff „Rechtsgeschäft" sei den Römern geläufig gewesen und sie hätten gemeinsame Sätze für die einzelnen Geschäftsarten aufgestellt. „Das alte römische Rechtsgeschäft trägt den Charakter schärfst ausgeprägter Individualität an sich. Es ist nicht, wie so manches heutige, eine formlose Willensmasse, die das souveräne Belieben der Parteien zusammengegossen hat und die erst der Kunst des Richters harrt, um in seine Bestandteile aufgelöst und bestimmt zu werden: Kauf, Miete, Eigentum, Servituten, Pfandrecht, Verzicht usw. in wildem Gemenge durcheinander, sondern das sind Individuen, wie die alten Aktionen, äußerlich und innerlich genau begrenzt nach Seiten des Inhalts, dem sie zugänglich sind, unfähig, etwas anderes in sich aufzunehmen, als was ihr Begriff gestattet" [4]). Dies ist der Gesamteindruck des alten römischen Rechtsgeschäfts, wie ihn Ihering treffend zeichnet. Und die Wirkungen dieser Rechtsgeschäfte? Auch hier zeigt sich ihr streng individualistischer Charakter. Wie der altrömische Prozeß sich allein um die litis contestatio dreht, d. h., der Richter sich im Moment des Urteils nicht auf den gegenwärtigen Standpunkt stellt, indem er den ganzen Verlauf des Prozesses rückwärts verfolgt und dementsprechend auch die Veränderungen des Streitgegenstandes während desselben beachtet, sondern auf den der litis contestatio, ohne von da aus den Blick nach vorwärts oder rückwärts zu wenden; wie so also der gesamte Prozeßstoff auf den Moment der litis contestatio konzentriert wird, alle Ereignisse und Veränderungen vor und nach diesem Augenblick unbeachtlich sind, so entscheidet über die Wir-

2) Manigk D.J.Z. 1902 S. 279, Dernburg, Pand. S. 209. Alexander S. 5.
3) R. Leonhard allg. Teil S. 252
4) Jhering III 1. S. 174.

kungen des Rechtsgeschäfts der Augenblick seiner Vornahme. „In diesem Zeitpunkt versteinert sich das Rechtsgeschäft in der Gestalt, die es jetzt an sich trägt, unempfindlich für alle Einwirkungen der Zukunft oder Nachwirkungen der Vergangenheit, ganz auf sich und seinen in ihm selbst zutage liegenden Inhalt beschlossen“ [5]). Das Rechtsgeschäft, das in diesem Zeitpunkt den Erfordernissen genügt, dessen Akt ein einziger, ungeteilter ist, das zu einer Zeit und an einem Ort vorgenommen ist, dessen übrige Wirksamkeitsvoraussetzungen in diesem Zeitpunkt erfüllt sind und das nicht unzulässigerweise von einer Bedingung oder Befristung, die nur beschränkt zugelassen sind, abhängig ist, existiert [6]) und wirkt. Ein leerer Zwischenraum zwischen dem Rechtsgeschäft und der Entstehung des Rechts war nach dem alten römischen Recht eine Unmöglichkeit [7]). Einen Aufschub der Existenz des Rechts, eine Vertagung der Wirkungen des Rechtsgeschäfts gab es nicht. Mit Abschluß des gültigen Rechtsgeschäfts traten auch seine Wirkungen ein; ein späteres Wirksamwerden war unmöglich. Damit mußte aber der Begriff der Unwirksamkeit ausscheiden. Was etwa nicht gültig war, fiel unheilbarer Nichtigkeit anheim [8]).

Wenn man auch im späteren römischen Recht den Grundsatz der Konzentration verlassen hat [9]) und Konvaleszenz wie Konversion nichtiger Rechtsgeschäfte in beschränktem Umfange für möglich hielt und zuließ, so blieb doch der Begriff der Unwirksamkeit unbekannt. Wohl taucht gelegentlich in den Quellen (z. B. I 14 § 1 D 34, 4) der Ausdruck in-effi-cax auf; jedoch ist dort die Rechtsfolge dieselbe wie bei der Nullität. Unter dem Einfluß dieser römischen Lehre betonen die Motive [10]) bei der Behandlung der Nichtigkeit ausdrücklich, daß grundsätzlich den gesetzlichen Erfordernissen bei der Vornahme des Aktes genügt sein müsse. Soweit jedoch in Konvaleszenzfällen von dem Grundsatz der Konzentration abgewichen sei, werde zur Wahrung dieses Grundsatzes das Rechtsgeschäft nicht als nichtig, sondern als unwirksam betrachtet. Man überließ es der Auslegung, im einzelnen Fall den Sinn der Vorschrift zu ermitteln.

Aber auch eine einheitliche Systematik der übrigen Arten der Fehlerhaftigkeit von Rechtsgeschäften, von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, ist im römischen Recht nicht zur Entstehung gelangt [11]). Die römischen Juristen unterschieden in ihrer Terminologie für diese beiden Arten der Fehlerhaftigkeit nicht scharf [12]); Ausdrücke, wie nullum esse, non valere, irritum esse, rescindi u. a.[13]) wurden bald im Sinn von Nichtigkeit bald in dem unserer heutigen Anfechtbarkeit gebraucht. Der Gegensatz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit kam nur in den Rechtsmitteln, die die Römer in dem einen oder ande-

5) Jhering III 1. S. 149.
6) Jhering III 1 S. 149 ff.
7) Jhering III 1 S. 171, Fr. Leonhard in Dogm. J. S. 42 ff.
8) Markwald S. 11, R. Leonhard S. 430.
9) Jhering III 1 S. 163, Fr. Leonhard a.a.O. S. 45 ff.
10) Motive I S 217.
11) R. Leonhard S. 441, Alexander S. 4.
12) a. M. Savigny System IV S. 538.
13) vgl. bei Manigk H. d. R. S. 294.

ren Falle gewährten, zum Ausdruck. Der Dualismus des zivilen und honorarischen Rechts ließ eine einheitliche Behandlung der fehlerhaften Rechtsgeschäfte nicht aufkommen [14]). So fehlt im römischen Recht eine einheitliche Lehre der fehlerhaften Rechtsgeschäfte.

Das gemeine Recht baute auf dem römischen Recht auf. Die Wissenschaft vermochte keine einheitliche Formulierung für das Rechtsgeschäft aufzustellen. Jeder verstand unter „Rechtsgeschäft" etwas anderes und gab seine eigene Definition [15]). So ist es nicht verwunderlich, daß auch das fehlerhafte Rechtsgeschäft keine einheitliche Behandlung erfuhr, über die Begriffe der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit weitgehend Streit herrschte [16]). Auch das ältere deutsche Recht konnte die Fragen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nicht klarstellen. Wohl waren dem älteren deutschen Recht die Begriffe der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit bekannt; so waren z. B. nach SSP. Rechtshandlungen des Friedlosen, Gelübde in der Gefangenschaft und formwidrige Geschäfte nichtig, während es z. B. zur Beseitigung der Wirkungen einer äußerlich formgerechten gerichtlichen Handlung stets einer gerichtlichen Anfechtung bedurfte, die entweder durch einfache „Widersprache" oder durch „Schelte" erfolgte. Ja, selbst Fälle einer bloß „relativen" Nichtigkeit finden sich im älteren deutschen Recht [17]). Jedoch war dieser reiche Quellenstoff bisher noch nicht im Zusammenhang untersucht worden. Daher konnte auch das ältere deutsche Recht den Streit über die Begriffe der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nicht klären [18]).

Als erster stellte Savigny [19]) eine Systematik der fehlerhaften Rechtsgeschäfte auf. Er konstruierte die Begriffe der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit und vereinigt beide unter dem Oberbegriff der Ungültigkeit. Nach Savigny ist „ungültig" gleichzusetzen mit „unwirksam"; das ungültige Rechtsgeschäft ist in seiner Wirksamkeit gehemmt. Der Unterschied zwischen den Unterarten besteht darin, daß die Ungültigkeit bei der Nichtigkeit „ipso jure", im übrigen erst durch Anfechtung eintritt. Diese Gleichsetzung der Unwirksamkeit mit der Ungültigkeit, die auch Mitteis vornahm [20]), ist in der gemeinrechtlichen Wissenschaft nicht unbestritten geblieben. So zog Windscheid [21]) einen scharfen Trennungsstrich zwischen der Ungültigkeit und Unwirksamkeit. Er erkannte schon richtig, daß die Nichtigkeit in dem mangelhaften Tatbestand des Rechtsgeschäfts selbst zu suchen ist, während die Unwirksamkeit durch ein Ereignis, welches außerhalb dieses Tatbestandes liegt, verursacht wird. So kam Windscheid dazu, zu formulieren: Das nichtige Geschäft „kann nicht", das unwirksame Geschäft kann wohl, aber „will nicht". Innerhalb der Ungültigkeit unterschied dann Windscheid wie Savigny zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Windscheid verstand also schon unter Unwirksamkeit dasselbe, was heute von der h. M. als unwirksam i. e. S. bezeichnet wird. Der Begriff der relativen Unwirksamkeit aber blieb auch

14) vgl. Dernburg Pand. S. 277, Manigk H. d. R. S. 292.
15) Vgl. die Übersicht bei Windscheid Pand. I S. 176 Anm. 1.
16) Windscheid a.a.O. S. 220 ff.
17) s. Anm. 18.
18) vgl. Gierke Deutsch. Privatrecht I S. 287.
19) System IV S. 536 ff.
20) Dogm. J. 29 S. 87.
21) Pand. I S. 221, bes. Anm. 1.

der gemeinrechtlichen Wissenschaft völlig unbekannt. Man redete wohl von „relativ nichtigen" Geschäften und belegte mit diesem Ausdruck die Rechtsgeschäfte, deren Nichtigkeit nicht von jedem und nicht in allen Fällen geltend gemacht werden konnte[22]). Jedoch war man sich auch in dieser Definition durchaus nicht einig[23]) und es fehlte selbst nicht an Leugnern des Begriffs der relativen Nichtigkeit[24]). So kagt Mitteis[25]): Zwischen relativer Nichtigkeit und Anfechtbarkeit „nominis tantum sonus differt".

Die Verfasser des BGB. konnte sich daher bei Behandlung der fehlerhaften Rechtsgeschäfte nicht auf eine erschöpfende Forschung und Lehre dieses Fragenkreises in der gemeinrechtlichen Wissenschaft stützen. Der Zwiespalt in den Auffassungen kam auch bei den Beratungen des Gesetzes zum Vorschein. Man vermochte kein klares Unterscheidungsmerkmal der Unwirksamkeit gegenüber der Ungültigkeit aufzustellen[26]). Die Überschrift im Entwurf I 7. Titel „Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte" mit den Unterarten „Nichtigkeit und Anfechtbarkeit" fand regen Widerspruch. Da keine Einigung zu erzielen war, überließ man es der Wissenschaft, dies strittige Institut zu erforschen und der gewonnenen Erkenntnis gemäß die Gesetzesbestimmungen auszulegen. So kam man zu der Abänderung der Überschrift in „Folgen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit".

Der Begriff der relativen Unwirksamkeit blieb auch bei den Beratungen des Gesetzes völlig unklar. Man vermochte hier nur im allgemeinen anzugeben, was man mit diesem Institut bezweckte[27]). Im übrigen mußte man es aber ebenfalls der Wissenschaft überlassen, dies Institut zu erforschen und die Regeln seiner Behandlung zu finden, ja sogar die Fälle des Vorkommens der relativen Unwirksamkeit im Gesetz nachzuweisen.

Nach diesem kurzen geschichtlichen Rückblick erscheint die heute noch andauernde Unklarkeit in der Lehre von der Fehlerhaftigkeit und insbesondere der relativen Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte erklärlich.

§ 2: Das fehlerhafte Rechtsgeschäft nach dem Rechte des BGB.

Jedes Rechtsgeschäft erstrebt mittelbar oder unmittelbar die Herbeiführung oder die Hinderung einer rechtlichen Wirkung. Diese Geschäftswirkung ergibt sich aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts. „Rechtsgeschäft" ist daher die private Willenserklärung, die geeignet ist, die dem Inhalt des Rechtsgeschäfts entsprechende Wirkung (Geschäftswirkung) hervorzubringen. Seit Zitelmann hat diese Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts im Schrifttum allgemeine Anerkennung gefunden[28]). Es ist so klargestellt, daß das Rechtsgeschäft die

22) Dernburg Pand. I S. 278.
23) vgl. Windscheid Pand. I S. 225 Anm. 8.
24) Mitteis Dogm. J. 28 S. 112 ff.
25) a.a.O. S. 131.
26) Motive S. 216.
27) Motive I S. 212 f.
28) Zitelmann: Allg. Teil S. 101 u. h. M.; vgl. z. B. Staudinger Einl. II 5 vor § 104, Enneccerus I § 136, Dernburg I S. 330, v. Tuhr II 1 S. 106 u. 145, Schachian S. 179.

Ursache der Rechtswirkung ist und beides zusammen, Rechtsgeschäft und Rechtswirkung, das Rechtsverhältnis bilden. In Anlehnung an die Motive[29]) wird zwar gelegentlich[30]) das Rechtsgeschäft als die Privatwillenserklärung bezeichnet, die auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Mit Recht hat man jedoch vorwiegend diese Definition verworfen. Das Rechtsgeschäft hat durchaus nicht immer die gewollte Rechtswirkung; vielmehr läßt die Rechtsordnung auch ungewollte Erfolge eintreten, z. B. Schadensersatzpflicht oder Wirkung trotz Mentalreservation. Es ist daher falsch, allgemein die Wirkungen des Rechtsgeschäfts als gewollte zu bezeichnen und eine dementsprechende Begriffsbestimmung aufzustellen.

Hiernach ist zunächst erforderlich, daß ein Rechtsgeschäft vorliegt, d. h. eine Willenserklärung, die auf eine rechtliche Wirkung gerichtet ist, verbunden mit den Erfordernissen, welche sie zu einer rechtlich in Betracht kommenden Willenserklärung machen[31]). Wenn kein vollständiger Tatbestand vorliegt, dann ist auch kein Rechtsgeschäft zustandegekommen; wir haben es mit einem Nichtgeschäft (negotium non existens) zu tun. Liegt z. B. eine Äußerung überhaupt nicht vor, oder besteht Dissens, so kann von einem Rechtsgeschäft nicht die Rede sein. Die Errichtungsvoraussetzungen, d. h. der Tatbestand eines Rechtsgeschäfts, muß vorliegen; andernfalls haben wir es überhaupt nicht mit einem Rechtsgeschäft zu tun.

Zu den Errichtungsvoraussetzungen müssen dann weiter die Geltungvoraussetzungen treten[32]). Das Gesetz begnügt sich nicht damit, daß ein nackter rechtsgeschäftlicher Tatbestand vorliegt. Damit das Rechtsgeschäft Bestand habe, die Rechtsfolge eintrete, stellt das Gesetz allgemeine Erfordernisse auf, denen das Rechtsgeschäft genügen muß, damit die Rechtswirkung eintrete. Fehlt eine derartige Geltungsvoraussetzung, so verneint die Rechtsordnung das Rechtsgeschäft; als Tatsache ist das Rechtsgeschäft wohl vorhanden, aber für die Rechtsordnung besteht es nicht[33]); es liegt ein negotium nullum vor, das Rechtsgeschäft ist nichtig. Zu diesen Geltungsvoraussetzungen, deren Fehlen zur Nichtigkeit führt, zählen insbesondere[34]) Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden (§§ 104 und 105 BGB.), Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB.), Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.), Unmöglichkeit der Leistung (§ 306 BGB.), Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form (§ 125 BGB.). — Es ergibt sich somit: Ein gültiges Rechtsgeschäft liegt vor, wenn neben dem rechtsgeschäftlichen Tatbestand (Errichtungsvoraussetzungen) auch die Geltungsvoraussetzungen verwirklicht sind. Diese Bezeichnungen stehen im Einklang mit dem sonstigen Sprachgebrauch; man spricht von nichtigen Vorwänden, von nichtigen Entschuldigungen. Auch hier ist eine Grundlage, etwas Tatsächliches vor-

---

29) Mot. I S. 126.

30) Vgl. z. B. Planck-Str. S. 222, Alexander S. 6.

31) Zitelmann: Irrtum u. Rechtsgeschäft S. 292, Manigk in H. d. R. S. 301, Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 33, RG. 68 S. 324.

32) Zitelmann: Allg. Teil S. 92.

33) R. Leonhard: S. 298, Windscheid: S. 221, Enneccerus-N.: § 189 I, Endemann: S. 368.

34) Vgl. Zitelmann: Irrtum u. Rechtsgeschäft I 1 S. 31 ff., Strohal: S. 750, Planck-St.: S. 228, Enneccerus-N.: § 136 C, Lieven: S. 32.

handen. Jedoch tritt eine diesem Tatbestand entsprechende Wirkung nicht ein, weil ein Erfordernis fehlt, das diesem Tatbestand Geltung verschafft.

Das Fehlen einer Geltungsvoraussetzung führt aber nicht in allen Fällen zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. In gewissen Fällen bestimmt die Rechtsordnung, daß das Fehlen einer Geltungsvoraussetzung nur beachtlich sei, wenn dies geltend gemacht werde: Anfechtbarkeit. Dieser Umstand hat verschiedentlich dazu geführt, das anfechtbare Geschäft zu den gültigen zu zählen[35]) und die verschiedensten Theorien über das anfechtbare Geschäft sind aufgestellt worden[36]). Es wird aber noch unten darzulegen sein, daß das anfechtbare Geschäft das Fehlen einer Geltungsvoraussetzung aufweist und nur den Rechtsschein der Gültigkeit besitzt.

Es ist nun nicht erforderlich, daß das Rechtsgeschäft, das sowohl sämtliche Errichtungs- wie Geltungsvoraussetzungen aufweist, das also gültig zustandegekommen ist, die seinem Inhalt entsprechende Wirkung ausübt. Im konkreten Fall können die Wirkungen des Rechtsgeschäfts von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht sein: Wirksamkeitsvoraussetzungen[37]). Nur durch das spätere Hinzutreten dieser Wirksamkeitsvoraussetzungen wird das an sich gültige Geschäft wirksam.

§ 3: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Wir haben oben festgestellt: Nichtig ist das Rechtsgeschäft, dessen Geltungsvoraussetzungen nicht gegeben sind. Das nichtige Rechtsgechäft findet keinerlei rechtliche Beachtung, es ist endgültig und unheilbar ungültig, kann nicht nachträglich mehr Gültigkeit erlangen. Streng genommen ist es daher unrichtig, von nichtigen Rechtsgeschäften zu reden[38]); denn ein Rechtsgeschäft, das für die Rechtsordnung nicht vorhanden ist, ist eben kein Rechtsgeschäft. Trotzdem ist diese Bezeichnung allgemein gebräuchlich.

Unsere Ansicht, daß dem nichtigen Rechtsgeschäft eine Geltungsvoraussetzung fehlt, daß es für die Rechtsordnung nicht besteht, wird durch § 141 BGB. belegt: Nach dieser Gesetzesbestimmung ist die Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts als erneute Vornahme zu beurteilen. Es tritt also keine Heilung des nichtigen Rechtsgeschäfts ein, was nur möglich wäre, wenn schon ein Rechtsgeschäft vorhanden wäre; vielmehr entsteht das Rechtsgeschäft neu. Die Neuvornahme bedarf der Form des Rechtsgeschäfts[39]).

Der Grundsatz der Unheilbarkeit der Nichtigkeit ist vom Gesetz anscheinend in einigen Bestimmungen durchbrochen worden; vgl. die §§ 313, 518, 766, 1324, 1325, 1328 BGB. Da es nun widersinnig er-

---

35) Oertmann: Allg. Teil S. 506, Zitelmann: Allg. Teil S. 103, v. Tuhr: II 1, § 56 I, Dernburg: Allg. Teil S. 353, Lieven: S. 27 ff., Pfeiffer: S. 53.

36) Vgl. die Übersicht bei Zauderer S. 20 ff.

37) R. Leonhard: S. 434, Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 43, Planck-Str.: S. 229, Zitelmann: Allg. Teil S. 101 f., Schachian: S. 184.

38) Fr. Leonhard in Dogm. J.: S. 42.

39) Ders. A. Dernburg: I S. 350 f., F. Leonhard: Bgl. Recht S. 39, Planck-Str.: § 141 I, Crome: I S. 355, Jacobi: S. 116, RG. 61 S. 266.

scheint, in Fällen, wo nichts vorhanden ist, von Heilung zu sprechen, hat man gelegentlich [40]) in diesen Ausnahmebestimmungen Fälle der Unwirksamkeit und nicht der Nichtigkeit zu erkennen geglaubt. Diese Ansicht kann aber nicht als zutreffend erachtet werden. Es ist falsch, in den oben genannten Fällen von Heilung der Nichtigkeit zu sprechen. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit hat der Gesetzgeber [41]) in diesen Bestimmungen das durchaus richtige Prinzip der Unheilbarkeit der Nichtigkeit verlassen. Aus rechtspolitischen Gründen werden die fraglichen Rechtsgeschäfte so angesehen, als ob sie gültig wären, während sie in Wirklichkeit niemals Gültigkeit erlangt haben. Von einem Gültigwerden der Rechtsgeschäfte kann daher keine Rede sein. Es handelt sich in diesen Fällen um gesetzliche Fiktionen. Daß diese hier vorliegt, geht besonders aus §§ 1324 Abs. 2 und 1328 Abs. 2 BGB. hervor [42]). — Abschließend ist jetzt festzustellen: Dem nichtigen Rechtsgeschäft fehlt eine Geltungsvoraussetzung; es existiert in der Rechtswelt nicht, ist daher absolut nichtig und kann niemals gültig werden.

Weit heftigerer Streit als um die Nichtigkeit herrscht im Schrifttum um die Anfechtbarkeit. Auch hier ist der Meinungsstreit darauf zurückzuführen, daß man nicht den grundsätzlichen Unterschied zwischen den Geltungs- und den Wirksamkeitsvoraussetzungen erkannt hat; man fragt nicht, worin steckt der Mangel beim anfechtbaren Geschäft, sondern sucht, gestützt auf § 142 BGB., von dem angefochtenen Geschäft rückschauend auf das Wesen der Anfechtbarkeit zu schließen. Zwei entgegengesetzte Ansichten stehen sich so schroff gegenüber: Die einen sagen, indem sie zu große Bedeutung den Vorarbeiten zu dem Gesetzbuch beimessen [43]), das anfechtbare Geschäft sei vorläufig gültig, lediglich ein Anfechtungsmangel sei vorhanden, der durch die Anfechtung zum Gültigkeitsmangel erhoben werden könnte [44]). Einige gehen noch weiter und behaupten: Das anfechtbare Geschäft sei absolut mangel- und fehlerfrei und voll gültig; es weise keinen Mangel im Tatbestande auf; nur ein außerhalb des Tatbestandes liegender Restitutionsgrund sei vorhanden [45]). Hiergegen ist zu sagen, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft schon von Anfang an fehlerhaft ist und kein Ereignis erst einzutreten braucht, der es zu einem fehlerhaften stempelt. Man verkennt das Wesen der Anfechtungserklärung und sucht dadurch, daß man sie zu einem negativen Gültigkeitserfordernis erhebt, zu einer Erklärung zu kommen, wie hinterher das angeblich fehlerfreie Geschäft zu einem ungültigen werden kann.

---

40) Strohal: S. 757; unzutreffend auch Manigk: H. d. R. S. 298.

41) vgl. Motive IV S. 48.

42) d. A. Crome: S. 355, Oettinger: S. 14, Pfeiffer: S. 18 ff.; zweifelnd Staudinger-Werner: § 313 II 1.

43) Mot. S. 219 u. Abänderung der Überschrift des 7. Tit. des Entwurfs I.

44) Ähnlich v. Tuhr: II 1 § 56 I, Oertmann: Allg. Teil S. 506, Zitelmann: Allg. Teil S. 103, Dernburg: Allg. Teil S. 353, Lieven: S. 28 f., Hellmann S. 114.

45) Markwald: S. 19 f., Oettinger: S. 16 f., Alexander: S. 10, Jacobi: S. 54 u. 75, Wendt: S. 164.

Aber auch die entgegengesetzte Ansicht, die behauptet, die Anfechtbarkeit sei ursprüngliche, versteckte, verschleierte Nichtigkeit, durch die Anfechtung werde bloß die schon bestehende Nichtigkeit festgestellt[46]), ist unzutreffend. Das Rechtsgeschäft, das nicht angefochten wird, ist nicht nichtig; es ist von Anfang an gültig gewesen und bleibt es nun. Es ist daher falsch, wenn man in Übereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Lehre[47]) die Anfechtbarkeit mit der Nichtigkeit auf eine Stufe stellt und beide Arten der Fehlerhaftigkeit unter dem Oberbegriff „Ungültigkeit" vereinigt[48]). Mit einer verbreiteten Meinung[49]) ist vielmehr festzustellen: Anfechtbarkeit ist schwebende, von dem Willen des Anfechtungsberechtigten abhängige Nichtigkeit, verbunden mit der Annahme vorläufiger Geltung. Anfechtbarkeit ist Mittelstufe zwischen Gültigkeit und Ungültigkeit; das anfechtbare Geschäft ist weder gültig noch ungültig; es hat den Rechtsschein der Gültigkeit und ist schwebend ungültig. Voraussetzung für den Eintritt der Nichtigkeit ist die Vornahme einer Anfechtungserklärung, zu der nur ein bestimmter Personenkreis zuständig ist. Der Fehler, der nach der Anfechtungserklärung das Rechtsgeschäft ungültig macht, steckt in dem Mangel einer Geltungsvoraussetzung. Aus Zweckmäßigkeitsgründen hat das Gesetz bestimmt, daß dieser Mangel erst jetzt zur Auswirkung kommt. Der Fehler war aber von Anfang an da, von vornherein fehlte dem Rechtsgeschäft eine Geltungsvoraussetzung. Die nach der Anfechtungserklärung eintretende Ungültigkeit bedeutet also rechtliche Nichtexistenz des Rechtsgeschäfts. Eine Bestätigung gemäß § 144 BGB. würde jetzt nicht mehr möglich sein, da nichts mehr vorhanden ist, was bestätigt werden könnte. Es ist daher falsch, hinterher von fingierter Nichtigkeit zu sprechen[50]).

Wir haben so festgestellt: Dem anfechtbaren Rechtsgeschäft fehlt eine Geltungsvoraussetzung; es ist schwebend ungültig. Voraussetzung für den Eintritt der Nichtigkeit ist die Vornahme einer Anfechtungserklärung, die an verschiedene Erfordernisse geknüpft ist. Durch die Anfechtungserklärung wird dem Rechtsgeschäft der Rechtsschein der Gültigkeit genommen.

§ 4: Unwirksamkeit.

Schon bei der Aufzählung der verschiedenen Arten der Fehlerhaftigkeit von Rechtsgeschäften ist darauf hingewiesen worden[51]), daß das Gesetz neben der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit noch eine besondere Art der Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts kennt: Unwirksamkeit. Der Begriff der Unwirksamkeit wird im Schrifttum verschiedentlich mit dem der Nichtigkeit vermengt oder sogar gänzlich geleug-

46) So Endemann: S. 372, Biermann: S. 172 4c, Cosak: § 53, Schachian: S. 182, RG. 66 S. 24.

47) Savigny: System IV S. 536 ff., Windscheid: Pand. S. 360 ff.

48) Staudinger-R.: Einl. V E vor § 104, Goldmann-L.: S. 179, Crome: S. 349, Rehbein: S. 197, Schachian: a.a.O.

49) Enneccerus-N.: §§ 160 u. 190, F. Leonhard: Beweislast S. 190, R. Leonhard: S. 451, Strohal: S. 751 f., Vollmar: S. 27 f., Zauderer: S. 26, Crome: S. 348. Natter: S. 4 f.

50) So Lieven: S. 27, Oettinger: S. 17, Pfeiffer: S. 44 und 54, Hellmann: S. 114.

51) Vgl. § 1 dieser Abhandlung.

net. Der Grund hierzu liegt in einer falschen Bestimmung des Begriffs der Nichtigkeit. Entgegen unserer obigen Definition „nichtig ist das Rechtsgeschäft, dessen Geltungsvoraussetzungen nicht gegeben sind", sagt man [52]): Nichtigkeit bedeutet, die Rechtsordnung weigert die begehrte Rechtswirkung. Bei dieser Begriffsbestimmung sieht man einseitig auf den Wirkungsausfall, ohne zu fragen, warum die Wirksamkeit dem Rechtsgeschäft versagt bleibt. Auch bei dem unwirksamen Rechtsgeschäft tritt die Geschäftswirkung nicht ein. Der Grund für diesen Nichteintritt ist aber hier ein anderer als bei der Nichtigkeit. A. verkauft sein Pferd dem B. für 2000.— RM. unter der Bedingung, daß das Pferd bei dem Turnier in St. in 4 Wochen als Sieger durch das Ziel geht. Die Geschäftswirkung dieses Kaufvertrages, nämlich die Verpflichtung der Vertragsparteien, gegenseitig den Vertrag zu erfüllen, tritt einstweilen nicht ein; das Rechtsgeschäft kann seine Hauptwirkung noch nicht entfalten, weil die Bedingung, unter der der Kaufvertrag abgeschlossen ist, wir sagen das Wirksamkeitserfordernis, noch nicht eingetreten ist. Jedoch in dem Augenblick, wo das Wirksamkeitserfordernis erfüllt ist, wird der Vertrag voll wirksam. — Anders, wenn A. und B. einen mündlichen Schenkungsvertrag über das fragliche Pferd abschließen. Auch bei diesem Vertrage tritt die Geschäftswirkung nicht ein, aber aus einem anderen Grunde: Dem Vertrag fehlt eine Geltungsvoraussetzung, die Vorschrift des § 518 BGB. ist nicht beachtet, der Vertrag ist rechtlich nicht vorhanden, er ist nichtig und kann niemals Wirksamkeit erlangen.

An diesen einfachen Beispielen, die den Unterschied in den Voraussetzungen der Nichtigkeit und Unwirksamkeit klarlegen, sehen wir, daß es unrichtig ist, nach der Rechtsfolge die Art der Fehlerhaftigkeit des Rechtsgeschäfts zu bestimmen, ohne die Ursache zu beachten, die zu dem Ausbleiben der Geschäftswirkung führt.

Diese Nichtbeachtung der Ursache für das Ausbleiben der Wirkung eines Rechtsgeschäfts hat, wie gesagt, zur Folge, daß einige der Unwirksamkeit jede besondere technische Bedeutung absprechen [53]) und erklären, Unwirksamkeit sei gleichbedeutend mit heilbarer Nichtigkeit. Andere behaupten [54]), sämtliche Fälle der Unwirksamkeit ließen sich unter die Begriffe der aufschiebend und auflösend bedingten Nichtigkeit einreihen. Jedoch sind diese Ansichten irrtümlich; eine Gleichstellung oder Unterordnung der Unwirksamkeit unter die Nichtigkeit ist unmöglich.

Die Vorarbeiten zu dem Gesetzbuch zeigen schon, daß man den Ausdruck „Nichtigkeit" nicht durch einen anderen Ausdruck ersetzen wollte, sondern daß man dem bisher unbekannten [55]) Begriff „Unwirksamkeit" eine bestimmte Bedeutung beilegte, die ihn von der Nichtigkeit schied [56]). Man hat es allerdings schließlich der Wissen-

---

52) RG. R. K. § 125/1, Zitelmann: Allg. Teil S. 102, Crome: S. 346 u. a.

53) z. B. Nipperdey: § 136 C u. § 189, Zitelmann: Allg. Teil S. 102, Hölder: S. 240, Lemke: S. 25 u. 35, Silberschmidt: S. 160 ff.; weiter: Jacobi S. 73; unklar: Natter S. 4.

54) Besonders: Silberschmidt a.a.O.

55) R. Leonhard: Allg. Teil S. 430, Oettinger S. 7 u. § 1 dieser Abhandlung.

56) Vgl. Ersetzung des Ausdrucks „nichtig" durch „unwirksam" in § 65 III 2 Entw. I § 85 E. II, § 111 B.G.B.; auch § 108 E. I u. Mot. § 108; § 122 Entw. I.

schaft überlassen, diesen Unterschied zwischen den beiden Begriffen, der den Verfassern des Gesetzbuches nur dunkel vorschwebte, klar herauszuarbeiten[57]). — Auch die wörtliche Auslegung beider Ausdrücke zeigt, daß ein Unterschied zwischen den Begriffen besteht: Nichtig ist etwas, was nicht existiert, während der Ausdruck „unwirksam" nur dahin zu deuten ist, daß die regelmäßigen Wirkungen ausbleiben.

Mit aller Klarheit geht aber aus der gesetzlichen Gestaltung der Unwirksamkeit hervor, daß diese Art der Ungültigkeit neben der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit besteht und daß es falsch ist, die Unwirksamkeit der Nichtigkeit in der einen oder anderen Art zu unterstellen. Schon die Anordnung des ersten Buches des BGB. zeigt, daß wir neben der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit die Unwirksamkeit als besondere Art der Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts besitzen[58]). Im dritten Abschnitt des ersten Buches behandelt das BGB. die Rechtsgeschäfte. Es stellt hier in den ersten drei Titeln hauptsächlich die Erfordernisse auf, die an das Rechtsgeschäft zu stellen sind, damit es rechtliche Beachtung finde. Fast durchweg bezeichnet das Gesetz hier die Rechtsgeschäfte, die diesen Erfordernissen nicht genügen, als nichtig oder anfechtbar. Dagegen im vierten bis sechsten Titel behandelt das Gesetz die Erfordernisse der Wirksamkeit. In diesen Titeln finden sich kaum noch die Ausdrücke „nichtig" und „anfechtbar". Das Gesetz spricht hier nur von wirksamen und unwirksamen Rechtsgeschäften.

Entscheidend für unsere Behauptung, daß ein Unterschied zwischen der Nichtigkeit und Unwirksamkeit bestehe, spricht aber die gesetzliche Behandlung der unwirksamen Rechtsgeschäfte, die sich grundsätzlich von der der nichtigen Rechtsgeschäfte unterscheidet[59]). Während nämlich dort das Gesetz eine endgültige und unheilbare Nichtigkeit bestimmt, (vgl. § 141 BGB.), läßt hier das Gesetz die spätere Nachholung von Erfordernissen zu, die bestimmend für den Eintritt der Geschäftswirkungen sind und sieht besonders in § 185 BGB. die verschiedensten Möglichkeiten vor, wie das Rechtsgeschäft noch nachträglich wirksam werden kann. Aber dies ist nicht der einzige grundsätzliche Unterschied zwischen der Unwirksamkeit und Nichtigkeit; ebenso bedeutsam ist der Unterschied in den Wirkungen der nichtigen und unwirksamen Rechtsgeschäfte. Während das nichtige Rechtsgeschäft jeder Wirkung entbehrt, fällt bei dem unwirksamen Rechtsgeschäft die Wirkung nicht ganz aus; sie ist nur unvollkommen, „sie entspricht noch nicht dem beabsichtigten Enderfolg, aber sie wirkt schon auf ihn los; nur der Enderfolg ist noch aufgeschoben, nicht aber jede Wirkung"[60]). Neben anderen Regelungen, die das Gesetz im einzelnen Fall für das unwirksame Rechtsgeschäft getroffen hat, veranschaulichen dies besonders die §§ 159 ff. BGB., wonach das unwirksame Rechtsgeschäft im Fall der Verhinderung des Enderfolgs weitgehende Schadensersatzpflicht hervorruft, ja sogar imstande ist, ein widersprechendes Rechtsgeschäft zu vereiteln. Die Ge-

---

57) So auch R. Leonhard: S. 433, F. Leonhard: Bgl. Recht S. 43.

58) So auch Fr. Leonhard a.a.O.

59) Vgl. zum folgenden besonders Fr. Leonhard a.a.O. und in Dogm. J. S. 41 ff., besonders S. 47 f; auch Vollmar S. 42.

60) Fr Leonhard in Dogm. J. S. 48.

genwartswirkungen des aufschiebend bedingten und daher unwirksamen Rechtsgeschäfts gehen aber noch weiter: Die Anwartschaft des bedingt Berechtigten ist als schon bestehendes Recht veräußerlich und vererblich, zu ihrem Schutz sind prozessuale Sicherungen zulässig (vgl. § 916 ZPO.) und sie findet im Konkurs Berücksichtigung (vgl. §§ 67, 154, 168 ff. KO.). — Es mag hier auch noch auf die weitgehende Wirkung hingewiesen werden, die das befristete und daher ebenfalls unwirksame Rechtsgeschäft nach den §§ 257 ff. ZPO. auszulösen vermag[61]).

Schon an diesen wenigen Beispielen (ein Nachweis der Wirkungen jedes einzelnen unwirksamen Rechtsgeschäfs vor Eintritt der Geschäftswirkung würde zu weit führen) sehen wir die Richtigkeit unserer obigen Behauptung, daß das unwirksame Rechtsgeschäft entgegen dem nichtigen Rechtsgeschäft nicht jeder Wirkung entbehrt, sondern schon in dem Augenblick zu wirken beginnt, wo es gültig errichtet ist.

Diese beiden grundlegenden Unterschiede zwischen dem nichtigen und unwirksamen Rechtsgeschäft berechtigen und zwingen uns dazu, von der Nichtigkeit eine Unwirksamkeit zu unterscheiden: Unwirksam ist das Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeitsvoraussetzungen nicht gegeben sind; das Rechtsgeschäft ist gültig zustandegekommen, es weist alle Geltungsvoraussetzungen auf, ist also nicht nichtig, aber es begründet noch nicht das Rechtsverhältnis, weil ein Nebenumstand, die Wirksamkeitsvoraussetzung, fehlt. Erst durch das spätere Hinzutreten dieser Wirksamkeitsvoraussetzung wird das gültige Geschäft wirksam[62]). In § 158 BGB. z. B. ist der Eintritt der Bedingung die Wirksamkeitsvoraussetzung, von der die Geschäftswirkung abhängig ist. Bis zu diesem Zeitpunkt ist das Geschäft schwebend unwirksam. Man hat allerdings behauptet[63]), das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft sei nicht unwirksam, sondern voll wirksam; denn es wirke auch vor Eintritt der gesetzten Bedingungen so, wie es wirken solle. Diese Ansicht wird aber durch § 158 BGB. widerlegt, der bestimmt, daß die Wirkungen des Geschäfts erst mit Eintritt der Bedingungen eintreten. Gewisse Wirkungen hat jedes unwirksame Rechtsgeschäft; das ist ja das Merkmal des unwirksamen Rechtsgeschäfts, wie wir oben gesehen haben. Von einem wirksamen Rechtsgeschäft kann man aber nur reden, wenn die regelmäßigen Wirkungen, die sich aus dem Geschäftsinhalt ergeben, da sind, wenn der beabsichtigte Enderfolg eingetreten ist. Das aufschiebend bedingte Geschäft ist also schwebend unwirksam; erst durch Eintritt der gesetzten Wirksamkeitsoraussetzung, der Bedingung, erlangt es seine Wirkung[64]).

Die Abgrenzung der Unwirksamkeit gegen die Nichtigkeit bereitet der Rechtslehre die größten Schwierigkeiten und die verschiedensten Ansichten werden laut. Der Zwiespalt in den Auffassungen liegt einmal in der geschichtlichen Entwicklung des Instituts der Unwirk-

61) So auch Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 43 f.

62) Planck-Str.: S. 229, R. Leonhard: S. 434, Lemke: S. 22 ff./ a. M.: z. B. Pfeiffer: S. 48, Markwald: S. 19.

63) z. B. R. Leonhard: S. 431, Pfeiffer: S. 49.

64) Ebenso Zitelmann: Allg. Teil S. 102, Lemke: S. 23, Oettinger: S. 36, Fr. Leonhard: Dogm. J. S. 48/49.

samkeit begründet, wie wir schon eingangs gesehen haben. Zum anderen aber trägt die Ausdrucksweise des Gesetzes entscheidend dazu bei, daß eine einhellige Meinung keinen Fuß faßt. Des Ausdrucks „unwirksam" bedient sich das Gesetz sehr häufig[65]). An diese gesetzliche Bezeichnung in den einzelnen Fällen klammert man sich und sucht einen Unterschied zwischen den Geschäften, die das Gesetz als unwirksam bezeichnet und jenen, die nichtig genannt werden, zu finden. Man kommt so dazu, Mindesterfordernisse für ein gültiges Rechtsgeschäft aufzustellen und zu folgern: Alle übrigen Erfordernisse, die das Gesetz verlangt, damit das Rechtsgeschäft wirke, sind zusätzliche Bedingungen, die die Gültigkeit des Geschäfts nicht berühren; ihr Fehlen macht das Geschäft nicht nichtig, sondern nur unwirksam. So sagt man z. B., in § 111 BGB. ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu dem einseitigen Rechtsgeschäft des Minderjährigen ein Nebenumstand, von dessen Vorliegen die Geschäftswirkungen abhängig sind; wenn die Einwilligung fehlt, ist das Geschäft an sich gültig, aber es ist unwirksam[66]). Oder man sagt zu § 388 und § 925 Abs. 2 BGB., die Aufrechnung und die Auflassung, die unter einer Bedingung abgegeben werden, sind an sich gültig; aber sie sind nicht wirksam, da zu ihnen ein Nebenumstand, die Bedingung, hinzugetreten ist, die den Eintritt der Wirkungen hindert[67]).

Dieser Auffassung, die, von der gesetzlichen Ausdrucksweise ausgehend, lediglich auf logisch-erkenntnistheoretischem Wege die Merkmale des unwirksamen Rechtsgeschäfts erforschen will, können wir nicht folgen. Das Recht ist nicht Selbstzweck, sondern dient der Ordnung des Gemeinlebens. Daher ist es willkürlich und verkehrt, das Recht aus Begriffen abzuleiten und der Theorie zuliebe dort verschiedene Rechtsbegriffe aufzustellen, wo dieselben Regeln Platz greifen. Nur da ist die Aufstellung verschiedener Begriffe berechtigt, wo wirklich verschiedene Rechtssätze gelten[68]). Rechtsgeschäfte sind vom Recht anerkannte Geschäfte, die einen Erfolg mit Hilfe der Rechtsordnung bezwecken. Ein Rechtsgeschäft, das vom Recht nicht anerkannt wird, das keinerlei rechtliche Beachtung findet, existiert für die Rechtsordnung nicht, ist nichtig, und unrichtig ist es, aus dem Wesen des Rechtsgeschäfts zu folgern, diese Nichtigkeit unterscheide sich „begrifflich" von der eingangs behandelten Nichtigkeit und sei daher als Unwirksamkeit zu bezeichnen[69]).

Wir lehnen daher jene Ansicht[70]), die eine ursprüngliche unheilbare Unwirksamkeit anerkennt, eine Unwirksamkeit, die hinsichtlich ihrer Entstehung und Wirkung der Nichtigkeit völlig gleichsteht, ab[71]). Alle Rechtsgeschäfte, die bei ihrer Entstehung einen

---

65) Siehe die Anmerkung weiter unten.

66) Vollmar: S. 48, Lieven: S. 17/19, Oettinger: S. 32, Pfeiffer: S. 34/43, Alexander: S. 23, R. Leonhard: S. 436.

67) Vollmar: S. 41, Schachian: S. 186, R. Leonhard: S. 435, Lieven: S. 18/19, Alexander: S. 28, Oettinger: S. 28, Pfeiffer: S. 43.

68) Vgl. Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 5.

69) So auch Fr. Leonhard: Dogm. J. S. 41 f.

70) Planck-Str.: Einl. L. II, Riezler: Einl. V E 2 e vor § 104, R. Leonhard: S. 435, Vollmar: S. 38, Lieven: S. 20, Markwald: S. 43 f., Oettinger: S. 28, Pfeiffer: S. 33/43; auch RG Z. 93 S. 294, Schachian: S. 186.

71) Richtig: Enneccerus-N.: § 182, Endemann: S. 316, Crome: I S. 347, Soergel: § 134/3, Silberschmidt: S. 136, Solon: S. 8.

Mangel aufweisen und aus diesem Grunde keinerlei Wirkung zu zeitigen vermögen, bei denen dieser Mangel auch nicht nachträglich geheilt werden kann, sind nichtig; eine ursprüngliche, unheilbare Unwirksamkeit gibt es nicht. Die Ausdrucksweise des Gesetzes, das vielfach in diesen Fällen von Unwirksamkeit spricht, ist ungenau und kann deshalb nicht maßgebend sein. Daraus folgt: Die einseitigen Geschäfte der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen, der Ehefrau, des Vormundes, des Beistandes und des Bevollmächtigten sind nichtig[72]). Ebenso fallen die Rechtsgeschäfte, die entgegen der gesetzlichen Regelung unter einer Bedingung oder Befristung abgeschlossen werden[73]), oder denen ein sonstiges gesetzliches Erfordernis fehlt, das schon beim Abschluß des Gechäfts vorliegen muß und nicht nachgeholt werden kann[74]), unheilbarer Nichtigkeit anheim. Nichtig sind schließlich auch die einseitigen Entscheidungen, bei denen Klarheit geschaffen werden muß, wie Anfechtung, Mahnung, Rücktritt und Kündigung, wenn sie unter einer Bedingung vorgenommen werden[75]).

Ebenso unrichtig ist aber auch, wenn man aus der ungenauen Sprachweise des Gesetzes in einigen wenigen Bestimmungen[76]) folgern zu müssen glaubt, das Gesetz kenne neben der eben behandelten Unwirksamkeit eine andere Art der Unwirksamkeit, die auch die Nichtigkeit mit umfasse[77]). Den Begriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinn gibt es nicht; er deckt sich mit dem der Nichtigkeit.

Nach diesen Überlegungen erscheint es nur dann berechtigt, ein Rechtsgeschäft als unwirksam zu bezeichnen, wenn das Wirksamkeitserfordernis, das dem Rechtsgeschäft fehlt, noch nachträglich nachgeholt werden und das Rechtsgeschäft so noch später zu dem ihm eigentümlichen Rechtserfolg gelangen kann. Die Voraussetzungen der Gültigkeit müssen schon beim Geschäftsschluß vorliegen; ihre Nachholung ist gemäß § 141 BGB. nicht möglich. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen dagegen können nachgeholt werden[78]). Dieses Merkmal des schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfts finden wir beim Testament, bei der Kündigung, beim bedingten und befristeten Rechtsgeschäft, bei Rechtsgeschäften, durch die das Recht eines Dritten betroffen wird, bei Verfügungen über das Recht eines Dritten und bei allen Erklärungen unter Abwesenden[79]). Diese Rechtsgeschäfte sind, solange ihr Enderfolg noch aussteht, als unwirksam zu bezeichnen.

---

72) §§ 111, 174, 1398, 1831 B.G.B.

73) §§ 8, 35, 109, 225, 276, 388, 925, 1307, 1317, 1598, 1724, 1742, 1768, 1947, 1950, 2180, 2202 u. a. B.G.B.

74) z. B. §§ 410, 779, 1160, 2077, 2160, 2201, 109 Abs. 2, 110, 112; weitere Fälle siehe bei Pfeiffer: S. 43, R. Leonhard: S. 435.

75) Vgl. die Beispiele bei Alexander: S. 29; siehe auch Fr. Leonhard: Dogm. J. S. 57 ff.

76) §§ 409, 344, 2085, 2298, 2339 Abs. 3 B.G.B.

77) R. Leonhard: S. 432, Alexander: S. 20, Schachian: S. 179, Hellmann: S. 118 f, Zitelmann: Allg. Teil S. 101, Lieven: S. 17, Markwald: S. 28.

78) So auch Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 43 und in Dogm. J. S. 48.

79) Fr. Leonhard: a.a.O., Strohal: S. 753 ff., Solon: S. 10 ff.

Gesetz wie Wissenschaft kennen neben der schwebenden Unwirksamkeit noch eine nachträgliche Unwirksamkeit. Das auflösend bedingte Rechtsgeschäft wird z. B. nach Eintritt der Bedingung unwirksam. Auch in diesem Fall ist es berechtigt, von Unwirksamkeit zu sprechen; denn vor Eintritt der Endbedingung ist das Geschäft voll wirksam und daher imstande, über sein Ende hinaus zu wirken. Als nichtig kann das auflösend bedingte Rechtsgeschäft aber nicht bezeichnet werden, da eine nachträgliche Nichtigkeit ausgeschlossen ist. Die Wirksamkeit dagegen kann für die Zukunft aufgehoben werden[80]).

Der nachträglichen Unwirksamkeit ist aber nicht dieselbe Bedeutung wie der schwebenden Unwirksamkeit zuzumessen; denn während dort das Rechtsgeschäft seiner vollen Wirkung entgegen sieht,handelt es sich hier lediglich darum, Rechtswirkungen aus einem erloschenen Rechtsverhältnis zu bereinigen. Wir finden die Fälle der nachträglichen Unwirksamkeit beim Rücktritt, Widerruf, der Endbefristung und der auflösenden Bedingung[81]).

Hiermit sind die Fälle der absoluten Unwirksamkeit erschöpft. Wir haben festgestellt, daß das Gesetz neben der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit noch eine dritte Art der Fehlerhaftigkeit eines Rechtsgeschäfts kennt: Unwirksamkeit. Durch seine Sprache und Ausdrucksweise zeigt das Gesetz die Fälle der Unwirksamkeit nicht an. Ein Rechtsgeschäft ist vielmehr nur dann als unwirksam zu bezeichnen, wenn trotz gültigen Abschlusses seine Endwirkung vom Eintritt eines nachholbaren Wirksamkeitserfordernisses abhängig ist.

§ 5: Begriff und Wesen der relativen Unwirksamkeit.

Ist schon der Begriff der Unwirksamkeit umstritten, so der der relativen Unwirksamkeit vollends. Den mannigfachsten, völlig ungleichartigen Deutungen hat dies Institut unterlegen und unterliegt es noch heute. Die Fülle der Ansichten derer, die sich mit der relativen Unwirksamkeit befaßt haben und ihr Wesen zu erklären suchen, kann man in fünf große Gruppen teilen: Als erste ist diejenige zu nennen, die den Begriff der relativen Unwirksamkeit ganz leugnet. Eine andere Gruppe sieht keinen Unterschied zwischen der Nichtigkeit und Unwirksamkeit und will daher in der relativen Unwirksamkeit die eine oder die andere Abart der Nichtigkeit erblicken. Zu einer dritten Gruppe sind diejenigen zusammenzufassen, die das betreffende Rechtsgeschäft zunächst für allseitig wirksam ansehen, hinterher aber demjenigen, der vor den Wirkungen des Geschäfts geschützt werden soll, einen Rechtsbehelf in die Hand geben, mit dem er die ferneren Geschäftswirkungen verhindern und den Eintritt der ihm günstigen Wirkung herbeiführen kann. Eine vierte Gruppe sieht das Rechtsgeschäft nicht als voll wirksam an; sie läßt die Geschäftswirkungen nicht in ihrem vollen Umfange eintreten und kommt so

---

80) Planck-Str.: S. 248.

81) Vgl. die Beispiele bei Vollmar: S. 61, Markwald: S. 52 und Oettinger: S. 34 ff.

zu einer qualitativ geteilten Rechtszuständigkeit zweier Personen. Die fünfte Gruppe, die man wohl als h. M. bezeichnen kann, redet von einer Duplizität des Rechtssubjekts, die dadurch eintreten soll, daß dem Geschützten gegenüber das im übrigen wirksame Geschäft wirkungslos bleibt. Im folgenden werden diese Ansichten näher erläutert und zu ihnen wird Stellung genommen werden.

§ 135 BGB., auf dem das Institut der relativen Unwirksamkeit fußt, lautet in seinem hier in Betracht kommenden Teil:

> Verstößt die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie nur diesen Personen gegenüber unwirksam.

Die Leugner des Begriffs der relativen Unwirksamkeit [82]) behaupten, für den in § 135 BGB. aufgestellten Begriff finde sich kein Anwendungsgebiet, da alle gesetzlichen Veräußerungsverbote auf der Unveräußerlichkeit des Rechts oder auf einer dem Rechtssubjekt auferlegten Verfügungsbeschränkung beruhten, also entweder Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes eintrete. Diese Ansicht kann nicht gebilligt werden. Wenn sich auch noch zeigen wird, daß vielfach das Anwendungsgebiet von § 135 BGB. erheblich überschätzt wird, so kann doch jetzt schon, ohne der späteren Untersuchung vorzugreifen, gesagt werden, daß die Bestimmung des § 135 BGB. gewiß keinen Eingang in das Gesetz gefunden hätte, wenn sie niemals zur Anwendung käme. Ohne nähere Untersuchung ist es ohne weiteres offenbar, daß eine einstweilige Verfügung ein Veräußerungsverbot zum Schutz einer bestimmten Person enthält, der Betroffene durch die einstweilige Verfügung aber in keiner Weise in seiner Verfügungsmacht beengt wird, sondern weiter verfügungsfähig bleibt. Mit diesem einen Beispiel ist aber die Ansicht, es gebe kein Anwendungsgebiet für § 135 BGB., schon widerlegt.

Die nächste Gruppe, die in der relativen Unwirksamkeit eine Abart der Nichtigkeit erblickt, streitet darüber, welcher Art diese angenommene Nichtigkeit ist. Die einen sagen, gewissen Personen gegenüber sei das relativ nichtige Geschäft gültig, anderen Personen gegenüber aber sei es nicht vorhanden [83]). Diese Ansicht kann kurz widerlegt werden: Wir haben oben festgestellt, daß ein Rechtsgeschäft gültig ist, wenn alle Geltungsvoraussetzungen vorhanden sind und nichtig, wenn eine Geltungsvoraussetzung fehlt. Die Geltungsvoraussetzungen sind entweder da oder sie fehlen. Also kann ein Rechtsgeschäft nur gültig sein, oder nichtig; ein Drittes gibt es nicht. Es ist eine logische Unmöglichkeit, daß die Geltungsvoraussetzungen für eine Person nicht da sind. Diese Ansicht ist unhaltbar.

Eine andere Ansicht [84]) behauptet, in § 135 BGB. handele es sich um heilbare Nichtigkeit. Einstweilen sei die Verfügung nichtig, der Dritte erhalte kein Eigentum: ausnahmsweise könne aber die Verfügung konvaleszieren. — Auch diese Meinung kann nicht anerkannt werden. Sie steht zu dem klaren Wortlaut von § 135 BGB. im Wi-

82) Bes. v. Tuhr: II 2, S. 10, Oertmann: Dogm. J. S. 307.

83) Dernburg: Pand. § 120 Anm. 6, Jacobi: S. 76; weitere Beispiele s. bei Knoke: S. 409 u. bei Windscheid: § 82 Anm. 8.

derspruch: hiernach soll der Dritte ja Eigentum erwerben. Begrifflich steht zwar einer solchen heilbaren Nichtigkeit kein Bedenken entgegen, da das Gesetz Fälle kennt, wo die Nichtigkeit konvaleszieren kann, z. B. §§ 313/II, 518 Abs. 2, 766 BGB.[85]). Es sind dies aber Ausnahmebestimmungen und als solche vom Gesetz besonders gezeichnet. Nichts deutet darauf hin, daß eine solche Ausnahmebestimmung auch in § 135 BGB. aufgestellt sei. Ein letztes Bedenken, auf das Oertmann[86]) hinweist, entsteht aus § 888/II BGB.: Wenn das Geschäft einstweilen nichtig ist, was für Ansprüche sollen dann gegen den Dritten gegeben sein? Diese Ansicht läßt sich also nicht halten.

Schließlich gibt es eine dritte Gruppe von Verfechtern einer relativen Nichtigkeit, die sich diese als eine Nichtigket vorstellen, deren Geltendmachung vom Willensakte einer bestimmten Person abhängt, bei der aber mangels einer solchen Geltendmachung das Geschäft gültig bleibt[87]). Sie ist absolute Nichtigkeit unter der Rechtsbedingung der Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes, sagt Oertmann[88]). Auch diese Ansicht ist kurz zu verwerfen. Diese Nichtigkeit, die man in § 135 BGB. erblicken will, wäre dasselbe wie Anfechtbarkeit, und es kann nicht zugegeben werden, daß das Gesetz eine besondere Art der Anfechtbarkeit in § 135 BGB. aufgestellt habe. Oertmann[89]) gibt selbst zu, daß diese Art der Nichtigkeit mit der Anfechtbarkeit eng zusammen gehört und daß es einen sicheren Unterschied zwischen beiden nicht gibt.

Hiermit sind die Theorien, die in der relativen Unwirksamkeit eine irgendwie geartete relative Nichtigkeit sehen, erschöpft. Sie halten einer Kritik nicht stand.

Nicht weniger Anhänger zählt die nächste Gruppe, die das relativ unwirksame Geschäft zunächst für allseitig wirksam erachtet und erst hinterher durch einen Rechtsbehelf, den sie dem Geschützten gibt, die Geschäftswirkungen zu seinen Gunsten wandelt. Besonders eifrige Verfechter dieser Ansicht finden sich in Einzelabhandlungen. Bevor auf die einzelnen Theorien in dieser Gruppe eingegangen wird, kann schon folgendes Grundsätzliche zu allen diesen Ansichten gesagt werden: Nach § 135 BGB. stellt das Veräußerungsverbot eine Wirksamkeitsvoraussetzung dar, die verhindert, daß die Geschäftswirkungen dem Geschützten gegenüber eintreten. Dem Geschützten gegenüber ist also das Geschäft wie die schwebend unwirksamen Geschäfte von Anfang an unwirksam; nicht wird dem wirksamen Geschäft erst hinterher dadurch, daß der Geschützte seine Interessen wahrnimmt, die Wirksamkeit entzogen. Würde das Gesetz eine solche nachträgliche Unwirksamkeit gewollt haben haben, so hätte es sich in seiner Sprache zweifellos der Ausdrucksweise bei der absoluten nachträglichen Unwirksamkeit, „wird unwirksam", angeschlossen. Alle Ansichten dieser Gruppe leiden daher von vornherein an

---

84) Bes. Eccius: S. 481 ff; weitere Schrifttumsangaben bei Raape: S. 46.
85) So auch Schachian: S. 192.
86) Dogm. J. S. 251.
87) Windscheid: § 82 Anm. 8, Mitteis in Dogm. J. 28 S. 112 und 131, Reichel in Dogm. J. 46 S. 111, Silberschmidt: S. 161, Wünschmann: S. 217.
88) Z. Z. Pr. 33 S. 28.

dem einen Fehler, daß sie in § 135 BGB. einen Unterfall der nachträglichen Unwirksamkeit erblicken, während nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes und nach der Ansicht der Gesetzgeber, wie sie bei den Beratungen zum Ausdruck gekommen ist, die Unwirksamkeit des § 135 BGB. eine Abart der rechtlichen, ursprünglichen Unwirksamkeit ist[90])

Abgesehen von dieser gemeinsamen Auffassung sind die Erklärungsversuche der Anhänger dieser Gruppe zu § 135 BGB. verschieden. Raape und seine Anhänger sprechen von „absoluter Unwirksamkeit mit relativer Gegenwirkung“[91]); die dem Geschützten schädliche Wirkung trete ein, aber die Gegenwirkung beseitige wieder den Schaden; der Verbotsbetroffene bleibe weiterhin trotz der Veräußerung imstande, das Recht auf den Geschützten zu übertragen. Raape verkennt, daß es sich in § 135 BGB. nicht darum handelt, jemand vor den Rechtsnachteilen zu schützen, die auf Grund eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes eintreten können, daß vielmehr § 135 BGB. sich gegen eine Verfügung wendet, die dem Geschützten schädlich ist. Weiter kann Raape nicht erklären, was für eine Gegenwirkung es ist, die sich gegen die Geschäftswirkungen wendet, woher sie kommt und wie weit sie sich erstreckt. Das Recht des Betroffenen, das jetzt (nach Raape) dem Dritten gehörende Recht auf den Geschützten zu übertragen, könnte nur auf einer gesetzlichen Vertretungsmacht beruhen, von der nirgendwo etwas steht, oder sich aus einem beschränkten dinglichen Recht ergeben, was aber ebenfalls unannehmbar ist, da der Kreis der dinglichen Rechte im Sachenrecht geschlossen ist. Und wenn nun die Schutzinteressen lediglich darin bestehen, daß der Betroffene Eigentümer bleibe? Soll die Gegenwirkung auch jetzt imstande sein, dem Geschützten ein Eigentum zu übertragen, auf das er nicht einmal Anspruch hat? Daß hier die folgerichtige Durchführung seiner Theorie unmöglich ist, verkennt auch Raape nicht; „in diesem Fall“, sagt er[92]), „ist die Konstruktion nicht durchführbar; in diesem Fall ist relative Unwirksamkeit eine modifizierte Anfechtbarkeit, die an keine Frist und Form gebunden ist.“ Wir haben aber schon oben gesehen, daß relative Unwirksamkeit grundsätzlich von Anfechtbarkeit verschieden ist. Schon aus diesem Grund ist der Erklärungsversuch von Raape unklar und unbefriedigend. Raape sucht dem Sinn von § 135 BGB. mit einer Konstruktion gerecht zu werden, die keine Grundlage im Gesetz hat.

Mit einer eigenen Theorie schließt sich Knoke eng an den Erklärungsversuch von Raape an. Auch Knoke[93]) läßt den Dritten voll wirksames Eigentum erwerben, räumt aber gleichzeitig dem Geschützten (nicht wie Raape dem Verbotsbetroffenen), ein jus ad rem ein. Knoke vermeidet so manche Unklarheit, die bei Raape aufstößt und seine Erklärung genießt den Vorzug, daß sie in allen Fällen zum Ziele führt. Trotzdem ist auch seiner Ansicht nicht beizutreten, selbst wenn man davon absieht, daß der Dritte nach § 135 BGB. kein all-

89) Dogm. J. S. 192.

90) Vgl. Mot. I S. 212 u. 469; ähnl. auch RG. 95 S. 208 u. OLG. Hamburg in OLG 28 S. 91.

91) Raape: S 50 f., Lieven: S. 24 f.; auch Solon: S. 59: jus ad rem.

92) a.a.O. S. 54 f.

93) S. 415 u. 419.

seitig wirksames Eigentum erwirbt; denn bezüglich des jus ad rem ist Knoke dasselbe entgegenzuhalten, was auch für die Ansicht von Raape zutraf: der Kreis der dinglichen Rechte im Sachenrecht ist ausschließend [94]).

Oertmann [95]) erklärt das Wesen der relativen Unwirksamkeit durch die Annahme, daß die Veräußerung selbst wirksam ist und bleibt, aber ohne „haftungsrechtliche Konsequenzen" gegenüber dem Geschützten ist. Auch diese Definition erklärt den Begriff der relativen Unwirksamkeit nicht. Die Beweisführung von Oertmann ist in sich widerspruchsvoll. Oertmann geht davon aus, relativ unwirksam bedeute, ein Recht stehe in gewisser Hinsicht dem einen, in anderen Richtungen einem anderen zu [96]). Oertmann bestreitet also,daß das Geschäft voll wirksam sei [97]) und lehnt die Ansicht derer ab, die nicht eine Unwirksamkeit hinsichtlich der Personen unterscheiden [98]). Wenn Oertmann dann aber behauptet, die Veräußerung bewirke eine pfandähnlicheGebundenheit der Gegenstände, die dem Vollstrekkungszugriff des Geschützten unterworfen bleiben, so setzt eine solche Haftungsfortdauer logischerweise voraus, daß die Verfügung voll wirksam ist; denn nur mit erworbenen Gegenständen kann man haften. Oertmann setzt sich so mit seiner Definition in Widerspruch zu seinen anfänglichen sehr zutreffenden Ausführungen. § 135 BGB. läßt die Verfügung nicht voll wirksam sein, sondern die Verfügung ist von Anfang an dem Geschützten gegenüber unwirksam. Die Ausführungen von Oertmann erklären weniger das Wesen der relativen Unwirksamkeit; sie zeigen nur den Weg, wie der richtig erkannte Sinn und Zweck von § 135 BGB. zu verwirklichen ist. Zur Klärung des Begriffs der relativen Unwirksamkeit vermögen sie aber nicht beizutragen.

Strohal [99]) sucht (in Übereinstimmung mit Planck-Strohal [99a])) das Wesen der relativen Unwirksamkeit durch die Annahme zu erklären, infolge des Veräußerungsverbots sei die Verfügungsmacht des Verbotsbetroffenen derart abgeschwächt, daß er nur noch resolutiv bedingte Verfügungen treffen könne. Durch die nachträgliche Verfügung des Verbotsbetroffenen zu Gunsten des Geschützten falle ex nunc das Eigentum an den Verbotsbetroffenen zurück. — Diese Auffassung ist unannehmbar. Es erscheint unerklärlich, wie die einseitige Erklärung des Verbotsbetroffenen das (nach Strohal) vollwirksame Eigentum des Dritten in Frage stellen, dem Geschützten dies Eigentum übertragen soll. Außerdem ist es unrichtig, die relative Unwirksamkeit auf eine Linie mit der Resolutivbedingung zu stellen. Strohal übersieht, daß bei § 161 BGB. eine Anwartschaft besteht [100]), welche sich bei Eintritt der Bedingung ipso jure in Eigentum ver-

---

94) So Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 112.
95) Kommentar § 135/2, Dogm. J. : S. 265 ff., Reichmayr: Gläubigeranfechtung S. 14 ff.
96) Dogm. J.: S. 135.
97) Ausdrücklich Kom. § 135/4 b, Dogm. J.: S. 188.
98) Dogm. J.: S. 251, 259; Kom. § 135/2 (gegen Strohal).
99) Festschr. S. 799 f.
99a) Kom. § 135 IId.
100) Vgl. Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 44.
101) So zutreffend v. Tuhr: II 1 S. 330 f.

wandelt, während der durch das Veräußerungsverbot geschützte Interessent nur Gläubiger ist und das Eigentum erst durch eine Verfügung des Schuldners erhalten kann [101]). In keiner Weise gibt § 135 BGB. zu erkennen, daß die verbotswidrige Verfügung bedingt sein soll. Diese Ansicht ist daher, da sie weder dem Wortlaut noch dem Sinn des Gesetzes gerecht wird, abzulehnen.

Damit sind die Theorien der Anhänger der dritten Gruppe erschöpft; keine hat sich als brauchbar erwiesen.

Die Vertreter der vierten Gruppe gehen davon aus, daß das Rechtsgeschäft gültig, aber nicht voll wirksam sei. Da man aber eine geteilte Rechtszuständigkeit hinsichtlich der Personen für logisch unmöglich hält, bleibt nichts anderes übrig, wenn man an der ersten Erkenntnis festhalten will, als das betreffende Recht selbst aufzuteilen. Und jetzt trennen sich die Meinungen: Die einen sagen [102]), das Veräußerungsverbot zerlege den Gegenstand so, daß ein verfügungsfreier von einem der Verfügung entzogenen Rechtsinhalt sich sondere. Den ersteren erlange der Dritte, der letztere bleibe in der Hand des Verbotsbetroffenen zurück; jeder von beiden sei als Eigentum anzusprechen. — Eine andere Ansicht geht einen Schritt weiter; sie sagt [103]), durch das Veräußerungsverbot werde das Recht an dem Gegenstand in der Weise zerlegt, daß der Verbotsbetroffene ein relativ unwirksames Eigentum erhalte, über das er verfüge, dem Geschützten dagegen ein relativ wirksames Eigentum zufalle. — Eine dritte Meinung behauptet schließlich [104]), der Geschützte erwerbe bedingtes Eigentum.

Alle diese Ansichten der vierten Gruppe können ebenfalls nicht befriedigen. Im Gegensatz zu dem mittelalterlichen germanischen Recht, dem eine Spaltbarkeit und Abstufung des Eigentums durchaus geläufig war, kennt das BGB. eine Spaltung des Eigentumsinhalts nicht. Nach dem Rechte des BGB. ist vielmehr das Eigentum, abgesehen von den gesetzlichen Beschränkungen, das umfassendste Herrschaftsrecht [105]). Daher ist es schon einmal bedenklich das Eigentum in zwei verschiedene Rechte aufzuteilen und jedes von beiden wiederum als Eigentum zu bezeichnen. Gänzlich unerklärlich aber bleibt es, wie in der Hand des Geschützten ein Eigentum ohne Einigung und Übergabe erwachsen soll, ein Eigentum, auf das der Geschützte unter Umständen noch nicht einmal Anspruch hat. Daß diese Theorien auch in keiner Weise mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang zu bringen sind, liegt auf der Hand. Wir lehnen daher auch diese Meinungen ab.

Die fünfte und letzte Gruppe [106]) hat das Wesen der relativen Unwirksamkeit richtig erkannt. Ihr ist voll beizupflichten, wenn sie scharf, wie wir oben getan haben, zwischen Geltungs- und Wirksam-

102) So bes. Voß in Dogm. J. S. 323 f.
103) So Schlegelmilch: S. 18, Saueracker: S. 77 ff.
104) So Kohler: I S. 158.
105) Vgl. Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 129, M. Wolff: § 88 V.
106) Fr, Leonhard: Allg. Schuldrecht S. 659, R. Leonhard: S. 437, Jung: S. 627, Nipperdey: § 135 II 2, Riezler: § 135/2, v. Tuhr: II 1 S. 330, Warneyer § 135/3, RGRK.: § 135/2, Dernburg: I S. 368, Endemann: § 74/4 A. 22.

keitsvoraussetzungen unterscheidet. Die ersteren sind ohne Begrenzung auf einen Personenkreis zu beachten; ihr Fehlen macht das Geschäft nichtig. Ein nichtiges Geschäft kann niemandem gegenüber bestehen. Anders die Wirksamkeitsvoraussetzungen: sie berühren das gültig vollzogene Geschäft nicht, sind nur bestimmend für den Eintritt der Geschäftswirkungen. Gesetz wie Partei können die Wirkungen des Geschäfts von dem Eintritt oder dem Fehlen der Wirksamkeitsvoraussetzungen abhängig machen. Es gibt einmal ein negotium non existens, dem Rechtsgeschäft fehlen die Errichtungsvoraussetzungen, ein Geschäftsversuch liegt vor; ferner ein negotium nullum, dem Rechtsgeschäft mangeln die Geltungsvoraussetzungen, das Rechtsgeschäft ist nichtig; endlich ein unwirksames Rechtsgeschäft, dem Rechtsgeschäft fehlt eine Wirksamkeitsvoraussetzung, das Rechtsgeschäft ist unwirksam. Erkennt man in diesem Sinn ein unwirksames Rechtsgeschäft an, dann muß man auch mit dieser fünften Gruppe ein relativ unwirksames Rechtsgeschäft anerkennen, ein Rechtsgeschäft, das dem einen gegenüber seine Wirkung äußert, dem anderen gegenüber aber unwirksam ist. Die Rechtsordnung kann bestimmen, daß jemand dem einwandfreien Rechtsgeschäft seine Anerkennung versagen darf, daß ihm gegenüber das Rechtsgeschäft nur wirken kann, wenn eine bestimmte Wirksamkeitsvoraussetzung verwirklicht ist oder ein bestimmtes Wirksamkeitshindernis nicht vorliegt. Für die Rechtsordnung besteht hier kein Grund, um dieses einen willen die Geschäftswirkungen auch anderen gegenüber hintenan zu halten; diesen anderen gegenüber mögen die Geschäftswirkungen schon jetzt in vollem Umfange eintreten. Es ist nicht unlogisch [107]), wenn man sagt, D. ist allen Menschen gegenüber berechtigt, mit Ausnahme des G., diesem gegenüber ist V. der Berechtigte. Wie Oertmann [108]) mit Recht feststellt, genügt es, daß auf Seite der Passivsubjekte der Kreis geschlossen ist; ist dies der Fall, dann bestehen keine Bedenken gegenüber einer derartigen Zerlegung von Rechten. Mit dieser Auffassung von dem Wesen der relativen Unwirksamkeit befinden wir uns nicht nur im Einklang mit dem Wortlaut von § 135 BGB., sondern auch mit dem Sinn dieser gesetzlichen Vorschrift, wie er bei den Beratungen des Gesetzes zum Ausdruck gekommen ist [109]): „Das zum Schutz einzelner Personen erlassene Verbotgeht in seiner Wirkung nicht weiter, als dieser Schutz erfordert; absolute Nichtigkeit ist nicht die Folge. Das Veräußerungsgeschäft geht seinen Weg, soweit es mit den Rechten des Geschützten nicht in Widerspruch steht, ist diesem gegenüber aber unwirksam, soweit ein Widerspruch vorliegt." Dem Geschützten gegenüber vermag das Rechtsgeschäft keine Wirkungen zu äußern, ihm gegenüber besteht ein Wirksamkeitshindernis in Gestalt des Veräußerungsverbotes. Von Anfang an ist das Rechtsgeschäft dem Geschützten gegenüber unwirksam, nicht tritt diese Unwirksamkeit erst ein, wie man fälschlicherweise und unter Verkennung des Unterschiedes zwischen ur-

---

Cosak: S. 234, Biermann: S. 173, Crome: I S. 378, Markwald: S. 54 ff., Alexander: S. 58 ff., Zauderer: S. 44 ff., RG. 71/40, 95/208. OLG. Rostock, OLG. 32/199, OLG. Colmar OLG. 5/143, OLG. Hamburg OLG. 28/91.

107) A. M. Knoke: S. 407, Strohal: S. 491.

108) Dogm. J. S. 135 f.; auch Simon: S. 47.

109) Mot. I S. 212, 469.

sprünglicher und nachträglicher Unwirksamkeit behauptet [110]), wenn der Geschützte sich auf die ihm gegenüber bestehende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts berufen hat. Unrichtig ist es auch, wie sich schon aus dem Ausgeführten ergibt, wenn man die Begriffe „unwirksam" und „gültig" als gegensätzlich einander gegenüberstellt [111]), oder von einem fiktiven Eigentum spricht, das der Verbotsbetroffene dem Geschützten gegenüber behalten habe [112]): Das Rechtsgeschäft ist gültig und wirksam; nur G. gegenüber ist es unwirksam; allen gegenüber ist D. Berechtigter geworden, nur G. gegenüber ist es V. geblieben.

Als Unterfall der ursprünglichen schwebenden Unwirksamkeit ist auch die relative Unwirksamkeit, wie jene, der Heilung zugänglich. Das relativ unwirksame Rechtsgeschäft kann dem Geschützten gegenüber solange keine Wirkungen zeitigen, als das Wirksamkeitshindernis in Gestalt des Veräußerungsverbots fortbesteht. Fällt das Wirksamkeitshindernis fort, wird z. B. die einstweilige Verfügung, die dem V. untersagte, die Forderung abzutreten, aufgehoben, so wirkt das Rechtsgeschäft auch dem Geschützten gegenüber [113]). Es besteht aber noch eine zweite Möglichkeit der Heilung: Zweck des Veräußerungsverbots ist es, eine bestimmte Person zu schützen; durch die nur dieser Person gegenüber bestehende Unwirksamkeit sollen die Interessen dieser Einzelpersönlichkeit gewahrt werden. Aus dieser Zweckbestimmung ergibt sich, daß die geschützte Person das Wirksamkeitshindernis, das nur in ihrem Interesse besteht, beseitigen kann. Wenn daher der Geschützte der verbotswidrigen Verfügung seine Zustimmung erteilt, so wird das relativ unwirksame Geschäft auch ihm gegenüber wirksam, wird also vollwirksam [114]). — Noch ein weiterer Streit herrscht um das Wesen der relativen Unwirksamkeit: Man sagt [115]), nicht nur der Richter müsse die relative Unwirksamkeit von Amtswegen berücksichtigen, sondern auch jeder Interessent könne sich auf die Unwirksamkeit berufen. Diese Behauptung stützt man auf die Untersuchungen von Schachian [116]). Schachian setzt folgenden Fall: dem V. wird zu Gunsten des G. die Veräußerung eines Gegenstandes oder einer Forderung verboten; trotzdem nimmt V. die Veräußerung an D. vor; dem D. wird der Gegenstand von X. gestohlen. Wenn nun, sagt Schachian, X. sowohl von D. wie von G. belangt wird, dann muß X. die Möglichkeit haben, den Eigentumserwerb von D. zu bemängeln; denn andernfalls hat er eine Schadensklage des D. aus §§ 989, 990 B.G.B. zu gewärtigen. — Diese Beweisführung von Schachian ist m. E. irrig. Warum in dem unterstellten Fall X. die Möglichkeit haben muß, den Eigentumserwerb von D. zu bemängeln, kann nicht eingesehen werden. Das Gesetz gibt in den §§ 372 ff.

---

110) So Soergel: § 136/2, Wünschmann: S. 217 f., Oettinger: S. 40 mit Lit. Angaben.

111) So z. B. Enneccerus-N.: § 135/II 1 b.

112) z. B. Schachian: S. 196, RGRK.: § 135/2.

113) Zustimmend Nipperdey: § 135 II 1 b, Jaeger: § 7 A. 12.

114) Nipperdey a.a.O., F. Leonhard: Allg. Schuldrecht S. 659, Jung: S. 627, Riezler: § 135/3c, Planck-St.: 135 II 4, Jaeger: § 7 Anm. 11, Kohler: I S. 559, Kreß: S. 501 A. 13, Schlegelmilch: S. 9.

115) Planck-St.: § 135/IIb, Strohal: S. 804, Soergel: § 136/2, Vollmar: S. 70, Solon: S. 41, Hünerfeld: S. 56.

116) Schachian: S. 4 ff., 21 ff.

B.G.B. und § 75 Z.P.O. [117]) dem X. die beste Möglichkeit, aus dem Rechtstreit auszuscheiden, ohne Gefahr zu laufen, schadensersatzpflichtig gemacht zu werden. Billigkeitsgründe zwingen also nicht dazu, jedem Dritten die Einrede zu geben, mit der er sich auf die gegenüber dem Geschützten bestehende Unwirksamkeit des Veräußerungsgeschäfts beruft. Womit soll dann aber die Zulässigkeit dieser Einrede begründet werden? Die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts besteht nur dem Geschützten gegenüber; allen anderen gegenüber ist das Rechtsgeschäft vollwirksam, ihnen gegenüber sind alle Wirksamkeitserfordernisse erfüllt. Auch der Zweck von § 135 B.G.B., wie er schon oben festgelegt ist, spricht gegen die Zulässigkeit der Einrede aus dem Recht eines Dritten. Das Veräußerungsverbot von § 135 B.G.B. bezweckt den Schutz einer bestimmten Person. Warum sollen diesen Schutz auch andere Personen genießen? Mit der vorherrschenden Meinung [118]) ist daher jedem Dritten diese Einrede zu versagen und festzustellen: Weder von Amtswegen ist das relative Veräußerungsverbot zu beachten, noch kann sich ein Dritter auf die dem Geschützten gegenüber bestehende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts berufen. Allein für den Geschützten treten die Geschäftswirkungen nicht ein.

§ 6: Wirkungen der relativen Unwirksamkeit.

Nachdem wir so das Wesen der relativen Unwirksamkeit festgelegt haben, wenden wir uns der weiteren Frage zu, wie die Interessen des Geschützten verwirklicht werden. In dem Fall, den wir eingangs gestellt hatten, war V. zugunsten von G. durch einstweilige Verfügung verboten, über ein bestimmtes Pferd zu verfügen. Trotzdem veräußerte V. das Pferd an D. Darauf wurde der Rechtsstreit zwischen V. und G. über das Pferd zugunsten von G. entschieden. Wie kommt G. nun zu seinem Recht? Es bedarf wohl keiner Begründung, daß G., dem gegenüber das verbotswidrige Geschäft unwirksam ist, die Möglichkeit haben muß, den früheren Zustand wiederherzustellen, oder die Rechtsfolge herbeizuführen, die durch das Veräußerungsverbot gewährleistet wurde; „wem das Gesetz ein Recht gibt, dem gibt es auch die Mittel, es durchzusetzen [119]). Die Annahme ist naheliegend, daß entsprechend den oben behandelten, sehr verschiedenen Ansichten über das Wesen der relativen Unwirksamkeit auch hier die Meinungen sehr geteilt seien, und jede Theorie über das Wesen der relativen Unwirksamkeit ihre eigene Ansicht darüber aufstelle, wie sie praktisch die Interessen des Geschützten wahren wolle. Dem ist jedoch nicht so. Bei näherer Prüfung aller aufgestellten Theorien sehen wir, daß sich hier nur zwei Meinungen schroff gegenüberstehen: Die einen nehmen an, der Verbotsbetroffene sei noch Eigentümer, oder habe doch noch soviel Macht, das Recht dem Geschützten zu verschaffen. Sie lassen ihn diesen seinen vermeintlichen

---

117) Vgl. hierzu Fr. Leonhard: Allg. Schuldrecht S. 64 f.

118) Vgl. z. B. Jung: S. 627, Riezler: § 135/3a, Warneyer: § 135/III, Schmidt-Miehe: S. 39, R. Schmidt: S. 83, Schmidt (1904): S. 26, RG. 95 S. 208, OLG. Rostock 39 S. 199.

119) RGRK. § 135/2.

Eigentumsanspruch an den Geschützten abtreten, sodaß der Geschützte mit einer Klage aus § 985 B.G.B. gegen den Dritten vorgehen kann. Die andere Meinung sagt: Der Verbotsbetroffene kann allein dem Geschützten nicht mehr zu seinem Recht verhelfen, da ihm gegenüber der Dritte Berechtigter geworden ist. Daher können nur der Verbotsbetroffene und der Dritte gemeinschaftlich dem Geschützten sein Recht verschaffen, und hierbei hat der Geschützte gegen den Dritten einen Anspruch entsprechend § 888 B.G.B.

Um diese beiden Ansichten streitet man anscheinend hoffnungslos. Worin liegt der Grund zu diesen beiden entgegengesetzten Theorien?

Die Meinungen derer, die keinen Unterschied zwischen Unwirksamkeit und Nichtigkeit sehen, brauchen hier nicht behandelt zu werden; denn ihnen bereitet die jetzt zu behandelnde Frage naturgemäß keine Schwierigkeiten: Ob sie nun in der relativen Unwirksamkeit eine Nichtigkeit hinsichtlich der Person, eine heilbare Nichtigkeit, oder eine Art Anfechtbarkeit erblicken, in jedem Fall liegt Nichtigkeit vor, oder sie tritt ein, und damit sind die Rechte des Geschützten ohne weiteres zu verwirklichen.

Dagegen folgen die Verfechter der übrigen Ansichten über das Wesen der relativen Unwirksamkeit bei der Behandlung der Frage, wie die Interessen des Geschützten zu verwirklichen seien, der einen oder der anderen Theorie. Die Scheidung ergibt sich fast stets zwangsläufig aus der Stellungnahme zu dem Wesen der relativen Unwirksamkeit. Alle diejenigen, die die Verfügung entgegen dem Veräußerungsverbot als vollwirksam, aber gegen eine pfandähnliche Gebundenheit oder ein dingliches Recht verstoßend ansehen, oder für eine Gegenwirkung, die die schädliche Wirkung beseitige, eintreten, können dem Geschützten nur dadurch helfen, daß sie ihm neben dem Anspruch gegen den Verbotsbetroffen einen Anspruch entsprechend § 888 B.G.B. gegen den Erwerber geben. Diejenigen dagegen, die den Dritten nur auflösend bedingt erwerben lassen, oder ein Teileigentum des Verbotsbetroffenen oder sogar ein bedingtes Volleigentum des Geschützten [120]) annehmen, können die Interessen des Geschützten mit dem Anspruch aus § 985 B.G.B. wahren.

Bei der letzten Ansicht, die von einer Duplizität des Rechtssubjekts ausgeht [121]) und die wir oben als zutreffend erkannt haben, sind die Meinungen zwischen den Auffassungen geteilt.

Zur Lösung dieser Streitfrage müssen wir von dem Wesen der relativen Unwirksamkeit, wie wir es bei unserer bisherigen Untersuchung festgestellt haben, ausgehen: Dem relativ unwirksamen Rechtsgeschäft fehlt dem Geschützten gegenüber eine Wirksamkeitsvoraussetzung; es ist allen gegenüber wirksam, nur für den Geschützten treten die Geschäftswirkungen nicht ein; D. ist für alle, auch für V., Eigentümer geworden, aber für G. ist V. Berechtigter geblieben. Man sagt nun, da der Verbotsbetroffene dem Geschützten gegenüber noch Eigentümer sei, könne er ihm gemäß § 931 B.G.B. das Eigentum verschaffen; im Weigerungsfalle könne der Geschützte gemäß § 894

120) Hier unklar Schlegelmilch a.a.O., der anscheinend aus nicht einleuchtenden Gründen einen Anspruch analog § 888 noch für erforderlich hält.

121) Tuhr II 1 S. 330.

Z.P.O. diese Eigentumsübertragung erzwingen. Hiernach sei der Geschützte in der Lage, da für ihn ein Eigentum des Dritten nicht bestehe, mit einer Klage aus § 985 B.G.B. die Herausgabe des Gegenstandes von dem Dritten zu verlangen [122]) .

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Wir haben festgestellt, daß der Dritte allen, auch dem Verbotsbetroffenen gegenüber Eigentümer geworden, das Rechtsgeschäft nur dem Geschützten gegenüber wirkungslos ist. Wo soll aber der Verbotsbetroffene einen Eigentumsanspruch gegen den Dritten hernehmen, dem er doch wirksam Eigentum übertragen hat? [123]) Man kann ihn nicht damit begründen, daß man sagt [124]), da die Veräußerung nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes dem Geschützten gegenüber unwirksam sei, sei der Dritte, soweit das Recht des Geschützten in Frage stehe, überhaupt nicht Eigentümer geworden, und nachdem das Eigentum durch Vindikationszession auf den Geschützten übertagen sei, komme nur noch dessen Recht in Betracht. Es ist ja gerade die Frage, w i e der Geschützte Eigentum erlangt; daß nur noch sein Eigentum in Betracht kommt, wenn er es erlangt hat, ist unstreitig. Mit dieser Beweisführung wird daher der Kern der Streitfrage, wie der Verbotsbetoffene dem Geschützten Eigentum verschafft, nicht getroffen. Mit Recht weist Raape [125]) ferner darauf hin, daß der Dritte gegen den Herausgabeanspruch gemäß § 986/II B.G.B. die exceptio rei venditae et traditae erheben könnte. Wir verwerfen diese Anschauung, da sie die auftauchenden Streitfragen nicht zu klären vermag.

Aus der vorstehenden Untersuchung haben wir gesehen, daß wir ohne einen Anspruch gegen den Dritten nicht auskommen; denn selbst wenn der Verbotsbetroffene als Eigentümer im Verhältnis zu dem Geschützten zu Gunsten des Geschützten verfügt, kann diese Verfügung dem Dritten, da er im Verhältnis zu dem Verbotsbetroffenen Eigentümer ist, nichts anhaben, solange der Geschützte ihn nicht mit einem direkten Anspruch zwingen kann, die Verfügung des Verbotsbetroffenen durch Herausgabe des verbotswidrig erlangten Gegenstandes anzuerkennen. Zutreffend haben auch die Vertreter der abgelehnten Ansicht erkannt, daß Schuldner der geforderten Leistung der Verbotsbetroffene geblieben ist und sich gegen ihn in erster Linie der Anspruch des Geschützten richtet. — Diese Überlegungen haben für das Grundstücksrecht zu der Vorschrift des § 888 Abs. 2 B.G.B. geführt: Der durch das Veräußerungsverbot Betroffene ist und bleibt Schuldner der durch das Verbot gesicherten Leistung; er ist verpflichtet und auch dazu imstande, die Auflassungserklärung abzugeben, die dem Geschützten sein Recht überträgt [126]). Der Dritte aber, der verbotswidrig erworben hat, schuldet die grundbuchmäßige Zustimmung zu der Rechtsänderung und kann von dem Geschützten direkt hierzu im Wege der Klage angehalten werden. — Eine naheliegende Analogie zwingt dazu, diese Bestimmung im Fahrnisrecht

---

122) Nipperdey: § 135 II 2, Riezler: § 135 2, v. Tuhr: II 2 S. 16, Biermann: I S. 178, Warneyer: § 135 III, Goldmann-L.: § 43/3b.

123) Ebenso Oertmann: Dogm. J.: S. 253, Kom. § 135/2, Knoke: S. 408, 426, 429, Dernburg I S. 371 A. 6.

124) Nipperdey a.a.O.

125) S. 58; sich ihm anschl. auch Schachian: S. 18.

126) Kober: § 888, Güthe-Triebel: § 25 A. 36, Jaeger: § 24 A. 16.

entsprechend anzuwenden. Der Verbotsbetroffene ist dem Geschützten gegenüber noch Eigentümer; er ist daher imstande, die materielle Einigung über den Eigentumsübergang zu vollziehen; der Dritte aber, der wissentlich das Veräußerungsverbot gebrochen hat, ist gehalten, diese Widerrechtlichkeit wiedergutzumachen. Hierzu hat der Geschützte gegen ihn einen direkten Anspruch auf Übergabe des Gegenstandes, den er notfalls mit Hilfe von § 883 Z.P.O. durchsetzen kann.

Man kann hiergegen nicht einwenden [127]), die Bestimmung des § 888 B.G.B. beruhe auf einem besonderen Formalismus des Grundbuchrechts, § 888 B.G.B. sei daher im Fahrnisrecht nicht entsprechend anwendbar. Der Eintrag ins Grundbuch verleiht dem Erwerber nach außen hin den Anschein des Berechtigten. In der Funktion, das Sachenrecht offenkundig zu machen, entspricht im Fahrnisrecht der Besitz dem Grundbuch. Dem Geschützten gegenüber ist der verbotswidrige Erwerber nicht Eigentümer; Dritten gegenüber legitimiert ihn aber der Besitz als Eigentümer. Wie nun im Liegenschaftsrecht kann auch im Fahrnisrecht der Geschützte verlangen, daß der verbotswidrige Erwerber den Schein des Rechts aufgebe; hierzu ist im ersteren Falle Löschung des Erwerbes im Grundbuch, im letzteren Falle Aufgabe des Besitzes erforderlich. § 888 Abs. 2 BGB. ist also nicht eine Sondervorschrift des Grundbuchrechts, sondern der Grundgedanke, auf dem sie beruht, beherrscht im gleichen Maße das Fahrnisrecht. Es ist somit gerechtfertigt, diesen Grundgedanken sich analog im Fahrnisrecht auswirken zu lassen und § 888 Abs. 2 BGB. hier entsprechend anzuwenden [128]).

Der Anspruch aus § 888 Abs. 2 ist ein dinglicher Anspruch, der auch im Konkurs des Dritten durchdringt [129]). Mit Rechshängigkeit dieses Anspruchs findet § 292 BGB. Anwendung [130]). — Geht das Recht des Geschützten nicht auf Eigentumsübertragung, hat er dagegen ein Interesse daran, daß der Verbotsbetroffene Berechtigter bleibe, so kann er nur verlangen, daß der Dritte den Besitz und das Recht an den Veräußerer zurückübertrage.

Eine letzte Streitfrage ergibt sich bei der verbotswidrigen Übertragung einer Forderung: Wird der Schuldner, der in Unkenntnis des Veräußerungsverbots an den Erwerber leistet, geschützt, oder muß er später an den Verbotsgeschützten nochmals leisten? Dieser Frage wird m. E. zu große Bedeutung beigemessen; die auf Grund richterlicher Anordnung erlassenen Veräußerungsverbote gelangen gemäß § 928 ZPO. zur Kenntnis des Schuldners; der leistende Schuldner wird daher kaum in gutem Glauben handeln. Trotzdem mag zu dieser Streitfrage Stellung genommen werden. Man sagt im Anschluß an die Motive [131]), gutgläubigen Erwerb von Forderungen gibt es nicht. Wenn daher der Schuldner an den verbotswidrigen Erwerber leistet, zahlt er an einen Nichtberechtigten; er wird daher durch die Leistung nicht befreit. An dieser Ansicht ist richtig, daß allerdings derjenige

---

127) So Saueracker: S. 68, Solon: S. 60, Planck-St.: § 135 II 3a.

128) Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 37, Dernburg: I S. 370 f., RGRK.: § 135/2, Soergel: § 136/2, Rehbein: S 177, Raape: S. 59, Schachian: S. 15.

129) So auch Raape: S. 66.

130) Vgl. Anm. 126, bes. Jaeger a.a.O.; auch Fr. Leonhard a.a.O.

131) Mot. I S. 214; v. Tuhr: II 2 S. 17; weitere Lit. Ang. s. bei Solon: S. 45.

vom Gesetz nicht geschützt wird, der eine Forderung von einem Nichtberechtigten erwirbt; denn ein Vertrauensschutz findet nicht statt, wenn kein Rechtsschein vorliegt. Bei der Forderungsübertragung aber muß sich der Erwerber auf Angaben verlassen [132]). Im aufgeworfenen Fall handelt es sich jedoch nicht um den Schutz des Vertrauens des verbotswidrigen Erwerbers, sondern des leistenden Schuldners. § 407 BGB. bestimmt aber, daß der in Unkenntnis der Abtretung an den alten Gläubiger leistende Schuldner geschützt wird. Wenn nun das Gesetz den leistenden Schuldner schon dann schützt, wenn er an einen Nichtberechtigten zahlt, umsomehr wird man aus § 407 BGB. folgern müssen, daß der Schuldner dann geschützt wird, wenn er an denjenigen gutgläubig leistet, der im Augenblick ihm gegenüber Berechtigter ist [133]). Die Vorschrift des § 410 BGB., die dem Schuldner die Pflicht auferlegt, die Glaubwürdigkeit des neuen Gläubigers zu prüfen, kann m. E. nicht gegen diese Ansicht sprechen; denn im aufgeworfenen Fall hat der Schuldner nicht die Möglichkeit, wie im Fall des § 410 BGB., die Berechtigung des neuen Gläubigers nachzuprüfen.

Abschließend stellen wir als Ergebnis unserer Untersuchungen fest: Der Verbotsgeschützte ist allein in der Lage, die nur ihm gegenüber bestehende Unwirksamkeit der verbotswidrigen Verfügung geltend zu machen. Da für ihn der Verbotsbetroffene noch Berechtigter ist, kann er ihn auf Verschaffung des geschuldeten Rechts in Anspruch nehmen; gegen den verbotswidrigen Erwerber hat er aber zugleich einen dinglichen Anspruch entsprechend der Bestimmung des § 888 Abs. 2 BGB.

§ 7: Relative Unwirksamkeit in Abgrenzung zur absoluten Unwirksamkeit.

Die letzte Frage, die nunmehr zu lösen ist, lautet: Wo im Gesetz finden sich Fälle der relativen Unwirksamkeit?

Relative Unwirksamkeit ist die Rechtsfolge einer Verfügung, d. h. eines dinglichen Rechtsgeschäft, das ein Opfer enthält [134]), welches gegen ein den Schutz bestimmter Personen bezweckendes gesetzliches, gerichtliches oder behördliches Veräußerungsverbot verstößt. Dieser Wortlaut von § 135 (§ 136) BGB. kann zu Mißverständnissen Anlaß geben. Das Gesetz spricht von „Veräußerungsverboten". Bei strenger Auslegung des Begriffs der Veräußerung würden von § 135 BGB. nur Übertragungsgeschäfte [135]) getroffen; Aufhebungs- und Belastungsgeschäfte dagegen unterlägen der Vorschrift des § 135 BGB. nicht. In diesem strengen Sinn kann aber der Begriff der Veräußerung nicht ausgelegt werden; denn gerade die praktisch wichtigsten Verbote des § 829 Abs. 1 und § 925 ZPO. verbieten nicht nur die Veräußerung, sondern die Verfügung überhaupt [136]). Schon bei

132) Vgl. Fr. Leonhard: Allg. Schuldr. S. 681.

133) D. A.: Oertmann Dogm. J. S. 274, Knoke: S. 442, Solon: S. 45, Saueracker: S. 65.

134) So richtig: Leonhard: Bgl. Recht S. 41, allg. Schuldrecht S. 61; auch Solon: S. 27.

135) Vgl. E. I S. 128 (Vor. § 64a E).

136) Ebenso Ramdohr bei Gruchot Bd. 44 S. 325.

den Beratungen des Gesetzes ist daher zum Ausdruck gekommen [137]), daß in einigen Fällen im Gesetz der Begriff der Veräußerung in einem weiteren Sinn gebraucht sei und alle Verfügungsgeschäfte umfasse. Dieser weiteren Auslegung unterfällt auch der Begriff der Veräußerung in § 135 BGB.; „Veräußerungsverbot" in § 135 BGB. ist daher „Verfügungsverbot" gleichzusetzen [138]).

Wo im Gesetz finden sich nun derartige Verfügungsverbote? Die §§ 134 ff. BGB. sind Blankettgesetze, die nicht selbst verbieten, sondern nur auf die eigentlichen Verbote, mögen sie sich im BGB. oder in anderen Gesetzen finden, verweisen. Ein Verbot braucht nur zu ergehen, wenn die betreffende Handlung nach allgemeinen Regeln gültig und wirksam wäre. Durch das Verbot tritt das Gesetz einem „Verfügenkönnen" entgegen, lähmt ausnahmsweise die Wirkungen eines Verfügungsgeschäfts. Anwendungsfälle für die §§ 135/136 BGB. werden wir daher im Gesetz nur da finden, wo im Einzelfall den Wirkungen eines Rechtsgeschäfts, das alle Errichtungs-, Geltungs- und Wirksamkeitsvoraussetzungen aufweist, entgegengetreten wird [139]). Es ist aber nicht erforderlich, das dies Entgegentreten, wie an sich aus § 135 BGB. folgen würde, in Form eines Verbots erfolgt. Wir haben schon früher bei der Behandlung der absoluten Unwirksamkeit gesehen, daß das Gesetz nicht sehr wählerisch in seinen Ausdrücken ist, zur Bezeichnung einer bestimmten Rechtsfolge das eine Mal diesen und das andere Mal jenen Ausdruck gebraucht. Es ist daher zu vermuten, daß das Gesetz auch die Rechtsfolge der relativen Unwirksamkeit nicht stets durch einen technischen Ausdruck bezeichnet. Aus dem Wesen der relativen Unwirksamkeit folgt aber, in welchen Fällen § 135 BGB. zur Anwendung zu bringen ist. Relative Unwirksamkeit ist die Rechtsfolge eines nach allgemeiner Regel gültigen und wirksamen Verfügungsgeschäfts. Allen Personen gegenüber wirkt das Rechtsgeschäft; nur im Interesse einer Person tritt das Gesetz dem Rechtsgeschäft entgegen, schränkt die Verfügungsmacht des Betroffenen ein, daß er mit Wirkung gegen den Geschützten nicht verfügen kann. Hieraus folgt, daß relative Unwirksamkeit eine Modifikation der Verfügungsmacht einer Person ist und nicht des Verbots [140]). Wenn daher das Gesetz dem „Verfügenkönnen" einer Person, sei es durch ein Verbot oder auf sonstige Weise, z. B. durch die Worte „kann nicht" entgegentritt, sodaß diese Person nur noch mit beschränkter Wirkung verfügen kann, so ist § 135 BGB. anzuwenden. Es ist nur gemäß § 135 BGB. zu fordern, daß das Gesetz die Verfügungsmacht der betroffenen Person im Interesse eines bestimmten Dritten, und nicht im allgemeinen Interesse hemmt [141]).

Wir stellen daher fest: Relative Unwirksamkeit ist die Rechtsfolge eines nach allgemeiner Regel gültigen und wirksamen Verfügungsgeschäfts, welches das Gesetz im Interesse eines Dritten mißbil-

---

137) Vgl. E. I S. 213 (§ 107 III).

138) D. A. Kohler: I S. 559, Saueracker: S. 44, Solon: S. 26 f., Schachian: S. 29.

139) Oertmann: Dogm. J. S. 249, Nipperdey: § 135 II u. Anm. 2, Raape: S. 85, 129 u. 135, Voß: S. 293.

140) Enneccerus-N.: § 135 II Anm. 3, RGRK.: § 134/I, Hellmann: S. 73, Raape: S. 83.

141) D. A. Saueracker: S. 38, Hellmann S. 130.

ligt. Zu diesem Zweck beschränkt die Rechtsordnung die Verfügungsmacht des Betroffenen derart, daß er mit Wirkung für den Geschützten nicht verfügen kann.

Dieser Sinn des „Veräußerungsverbots" in § 135 BGB. ist von der herrschenden Meinung richtig erkannt worden [142]). Jedoch haben die Fälle, wo das Gesetz nicht zu Gunsten eines Dritten ein Veräußerungsverbot ausspricht, sondern in einer anderen Form der Verfügungsmacht einer Person im Interesse des Dritten entgegentritt, dazu geführt, das Anwendungsgebiet von § 135 BGB. erheblich zu überschätzen. So wollen z. B. die einen § 135 BGB. in den Fällen der §§ 1395 und 2211 BGB. zur Anwendung bringen [143]) mit der Begründung, Veräußerungsverbote i. S. von § 135 BGB. seien überall da zu erblicken, wo das Gesetz eine singuläre Verfügungsbeschränkung anordne. Andere sehen mit derselben Begründung selbst in § 2289 BGB. einen Fall der relativen Unwirksamkeit [144]). Ja, es fehlt nicht an Stimmen [145]), die bei § 161 BGB. von relativer Unwirksamkeit sprechen, wenn auch manche von ihnen diese Unwirksamkeit eine objektiv relative nennen. Dabei sind aber die Vertreter dieser Meinung sich durchaus uneins darüber, ob und gegebenenfalls wie sich diese objektiv relative Unwirksamkeit von der des § 135 BGB. unterscheidet. Derselbe Meinungsstreit herrscht, wie noch unten zu zeigen sein wird, bei jeder Gesetzesbestimmung, die erkennen läßt, daß der Verfügende in seiner Verfügungsfähigkeit irgendwie beschränkt ist: Die einen wollen da § 135 BGB. zur Anwendung bringen die anderen bestreiten mit den verschiedensten Begründungen, daß ein Fall der relativen Unwirksamkeit vorliege.

Dieser Meinungsstreit und die zum großen Teil unberechtigte Anwendung von § 135 BGB. ist darauf zurückzuführen, daß man nicht den grundlegenden Unterschied erkannt hat oder nicht beachtet, der zwischen der Unwirksamkeit und der relativen Unwirksamkeit besteht. Unwirksamkeit ist die Rechtsfolge eines Rechtsgeschäfts, dem eine Wirksamkeitsvoraussetzung mangelt. Dagegen weist das relativ unwirkame Rechtsgeschäft alle Wirksamkeitsvoraussetzungen auf; nur für eine Person besteht ein Wirksamkeitshindernis in Gestalt des „Veräußerungsverbots", das die Geschäftswirkungen nur für diese Person hemmt. Es ist daher falsch, von relativer Unwirksamkeit zu sprechen, wenn die Verfügung nach allgemeinen Regeln unwirksam ist, z. B. wegen der mangelnden Geschäftsfähigkeit des Veräußerers, oder weil ihm das Recht, über das er zu verfügen sucht, nicht zusteht, oder weil es mit einem es beschränkenden Rechte oder einer zeitlichen Schranke behaftet ist [146]); in allen diesen Fällen fehlt dem

---

142) Vgl. Anm. 140.

143) z. B. Herzfelder: 8. Aufl. § 2211/1, Ebbecke: 3. Aufl. § 2211/4, Predari: § 36 A. 15b, Güthe-Triebel: Vorb. 77 zum II. Abschn., Soergel: § 136/1, RGRK.: § 135/2, Raape: S. 83/84, Wendt: S. 47, Markwald: S. 57; weit. s. bei Schachian: S. 90 u. bei Schlegelmilch: S. 38.

144) So Schachian: S. 93, Vollmar: S. 71, Lieven: S. 26, R. Leonhard: S. 437, Alexander: S. 60.

145) Planck-St. § 161/1, Windscheid-Kipp: I S. 432, Vollmar: S. 71 u. 74, Schlegelmilch: S. 7 u. 20, Schachian: S. 45 ff. u. a.

146) Richtig: Nipperdey: § 135 II 1, Oertmann: § 135/1, Dogm. J.: S. 249, Zauderer: S. 49; grundsätzlich auch zutreffend Raape: S. 123 ff.

Rechtsgeschäft, wie wir bei der Behandlung der Unwirksamkeit gesehen haben, eine Wirksamkeitsvoraussetzung und es ist um deswillen absolut unwirksam. Wenn wir auch eben mit der vorherrschenden Meinung gesagt haben, § 135 BGB. ist nicht nur anzuwenden, wenn das Gesetz zum Schutz eines Dritten ein Veräußerungsverbot ausspricht, sondern auch dann, wenn es in irgend einer anderen Weise dem Verfügenkönnen einer Person im Interesse des Dritten entgegentritt, so dürfen wir uns dadurch nicht verleiten lassen, mit vielen anderen den Unterschied zu übersehen und zu verkennen, der zwischen Verfügungsbeschränkungen besteht, die auf einer Entziehung der Verfügungsmacht beruhen und solchen, die auf einem Verbot, von der gegebenen Verfügungsmacht Gebrauch zu machen, fußen. Denn im Fall der Entziehung der Verfügungsmacht k a n n der Betroffene infolge des Verlustes dieser Macht überhaupt nicht verfügen; die Verfügung bedarf zur Wirksamkeit erst der Zustimmung eines Dritten. Im Fall des Veräußerungsverbots dagegen bleibt der Betroffene im Besitz alleiniger Verfügungsmacht, er kann verfügen, die Verfügung ist im allgemeinen wirksam, aber das Gesetz stellt für den Geschützten ein Wirksamkeitshindernis auf, sodaß die Geschäftswirkungen für ihn nicht eintreten [147]).

Wenn man diese grundsätzlichen Unterschiede zwischen der Verfügungsmachtbeschränkung und der Verfügungsbeschränkung i. S. von § 135 BGB. beachtet, muß man jene Meinung als unrichtig ablehnen, die im Fall des § 161 BGB. von relativer Unwirksamkeit spricht. Die Vertreter dieser Ansicht sehen nicht, daß bei § 161 BGB. eine Anwartschaft des Dritten besteht, d. h., daß dieser Dritte ein Recht, welches veräußerlich und vererblich ist, besitzt [148]), und dieses Recht die Rechte des Verfügenden derart beschränkt, daß er kein Vollberechtigter mehr ist, sondern seine Rechte mit Eintritt der Bedingung von selbst wegfallen [149]). Schon die Verfasser des Gesetzes [150]) haben diese Rechtsfolge von § 161 BGB. richtig erkannt: „In der bedingten Verfügung über ein Recht oder eine Sache liegt eine Machtentäußerung, welche dem bedingt Verpflichteten es unmöglich macht, über das Recht und die Sache fernerhin anders zu verfügen, als unter Wahrung der durch die bedingte Verfügung geschaffenen Rechtslage." § 161 BGB. enthält also kein Veräußerungsverbot i. S. von § 135 BGB., sondern § 161 BGB. ist ein Fall der schwebenden absoluten Unwirksamkeit: Dem zweiten Verfügungsgeschäft fehlt eine Wirksamkeitsvoraussetzung, nämlich die Zustimmung des bedingt Berechtigten i. S. von § 185 BGB.

Auf demselben Irrtum fußt die Ansicht derer, die zu § 1395 BGB. ausführen, die Verfügung der Frau über ihr eingebrachtes Gut sei dem Manne gegenüber (relativ) unwirksam. Auch hier verkennt man, daß das Gesetz nicht einer vorhandenen Verfügungsmacht der

147) Richtig: Oertmann: Dogm.J. S. 142, Solon: S. 8 u. 12, Herold: S. 485/486, Simon: S. 47, Raape a.a.O.; grunds. zutr. auch Schachian: S. 120 ff.

148) Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 13 u. 44.

149) Richtig: Nipperdey a.a.O., v. Tuhr: II 1 S. 330 f., Oertmann: Dogm. J. S. 246, Strohal: S. 701, Simon: S. 42 u. 46, RGRK.: § 161/1, Riezler: § 161/1 u. 3, Planck-Flad: § 161/1, Endemann: I § 77 Anm. 19, Fuchs: i. Arch. Bgl. Recht S. 399 ff., RG. 76/91.

150) Mot. I, §§ 132—135/3 S. 259.

Ehefrau entgegentritt und ihr verbietet, von dieser Macht Gebrauch zu machen. Mag man die Ehefrau mit der herrschenden Meinung [151]) als verfügungsbeschränkt, oder richtiger, als geschäftsbeschränkt [152]) hinsichtlich ihres Eheguts bezeichnen, bei beiden Ansichten sind ihre Rechte durch das Recht des Ehemanns derart eingeschränkt, daß sie ohne die Hilfe des Ehemannes keine Verfügungen über das Ehegut vornehmen kann. „Das BGB. behandelt die Verfügung einer Frau über eingebrachtes Gut ähnlich einer Verfügung über eine fremde Sache und macht danach unter Anlehnung an die für die Rechtswirksamkeit der Rechtsgeschäfte eines Minderjährigen gegebenen Vorschriften (§§ 108—112) die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte der Frau nicht nur gegenüber dem Mann, sondern auch zu Gunsten eines jeden, auch der Frau selbst, von der Einwilligung des Mannes abhängig“ [153]). Die Verfügungsgeschäfte der Ehefrau sind also absolut unwirksam, da ihnen eine Wirksamkeitsvoraussetzung, nämlich die Zustimmung des Ehemannes, fehlt [154]).

Nicht anders verhält es sich mit der Vorschrift des § 2211 BGB. Bei der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers behält der Erbe nicht die freie Verfügungsgewalt über die Nachlaßgegenstände, sodaß § 2211 dem Erben verbietet, von seiner Verfügungsmacht Gebrauch zu machen; vielmehr sind die Rechte des Erben durch die Befugnisse des Testamentsvollstreckers derart eingeengt, daß er bezüglich des Nachlasses als teilweise geschäftsbeschränkt zu bezeichnen ist; er kann nicht während der Nachlaßverwaltung über den Nachlaß verfügen, sondern er bedarf zur Verfügung der Zustimmung des Testamentsvollstreckers. „Nur die dingliche Beschränkung des Erben eröffnet dem Erblaser einen Weg, durch Ernennung des Vollstreckers gegenüber dem Erben die Erfüllung der Vermächtnisse und Auflagen zu sichern“ [155]). Die Verfügung des Erben ist also mangels der Zustimmung des Testamentsvollstreckers absolut unwirksam, ihr fehlt eine Wirksamkeitsvoraussetzung [156]).

Schließlich enthält auch die Vorschrift des § 2289 BGB. für den Erblasser, der einen Erbvertrag eingegangen ist, kein Verbot, eine widersprechende letztwillige Verfügung zu errichten; vielmehr ist der Erblasser durch den Erbvertrag in seiner erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit beschränkt, sodaß er eine weitere Verfügung von Todeswegen nicht mehr treffen kann [157]). § 2289 bestimmt daher absolute

---

151) Siehe die Angabe bei Staudinger-L.: § 1395/II 4.

152) Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 174.

153) RG. 54 S. 46.

154) Richtig: Oertmann: Dogm.J. S. 247, Staudinger-L.: § 1395/1, RGRK. Vorb. 1 vor 1373 u. § 1395/1, Solon: S. 12, Herold: S. 490, Raape: S. 123, RG.: 124/327.

155) Mot. V § 1901 Absatz 1 (S. 233).

156) Richtig: Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 228, Simon: S. 46, RGRK.: § 135/2 u. § 2211/1, Herzfelder: § 2211/1, Kipp: § 120/I, Fr. Leonhard: Erbr. § 2211 II A, Ebbecke: 4. Aufl. § 2211/4, Hellwig: Lehrb. I § 46 I Anm. 8 mit § 44 III 5., Endemann: § 75 III, Crome: V § 675 Anm. 74, Oertmann: Dogm.J. S. 247, Raape: S. 100, Schachian: S. 90, Voss: S. 335, Eccius: S. 487, Schlegelmilch: S. 38, Zauderer: S. 67, Ebbecke in Gruchot 61/564, RG. 87/433 = JW. 1916/485, RG. in L.Z. 1915/699 ff.

157) Richtig: Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 218, Erbr. § 2289 III A u. B, Ebbecke: § 2289/3 a, Strohal: S. 759.

Unwirksamkeit des Testaments, das nach Abschluß des Erbvertrages errichtet wird.

Diese Beispiele belegen unsere oben gewonnene Ansicht:

Ein Veräußerungsverbot im Sinn von § 135 BGB. hat den Zweck, dem Gebrauch einer vom Gesetz mißbilligten Rechtsmacht entgegenzutreten und einem anderen Rechte Schutz gegen eine durch die Mittel dieses Rechts nicht abzuändernde Gefährdung zu gewähren. Das Veräußerungsverbot setzt somit eine durch nichts eingeschränkte Verfügungsmacht voraus. Wenn eine uneingeschränkte Verfügungsmacht nicht vorliegt, sei es, daß das Gesetz die Verfügungsrechte des Rechtsträgers in ihrem Umfange einschränkt, sei es, daß ein Gegenrecht besteht, durch dessen Ausübung die Rechtsmacht Einbuße erleidet, oder, um mit den Verfassern des Gesetzes zu reden [158]), „wenn das Recht schon inhaltlich an einer Schwäche leidet", so kann von einem Veräußerungsverbot keine Rede sein. Stets ist in diesen Fällen dem Rechtsträger das Verfügungsrecht schon ganz oder teilweise entzogen, wir sagen, dem Verfügungsgeschäft fehlt eine Wirksamkeitsvoraussetzung, der Verfügende kann nicht wirksam verfügen, die Verfügung ist absolut unwirksam. Ist dagegen der Rechtsträger im Besitze voller Verfügungsmacht, sodaß er wirksam verfügen kann, das Gesetz aber tritt im Interesse eines Dritten seiner Verfügungsmacht in einer Ausnahmebestimmung entgegen, er soll von seinen Rechten keinen Gebrauch machen, so liegt ein Veräußerungsverbot im Sinn von § 135 BGB. vor.

Dieser Unterschied zwischen unwirksamen und relativ unwirksamen Rechtsgeschäften ist bei der Prüfung der einzelnen Gesetzesbestimmungen streng zu beachten [159]).

Eine letzte Frage, die noch auftaucht, beantwortet sich schon aus dem Vorhergehenden: Steht dem durch ein Veräußerungsverbot Betroffenen das Grundbuch zu weiteren Verfügungen offen? Die Frage ist mit der durchaus herrschenden Meinung zu bejahen; der Betroffene ist und bleibt trotz des Verbots verfügungsfähig. Das Veräußerungsverbot kann eine Sperre des Grundbuchs nicht bewirken [160]).

II. Teil:

DAS ANWENDUNGSGEBIET DER RELATIVEN UNWIRKSAMKEIT.

§ 8: Die Fälle

Die relative Unwirksamkeit einer verbotenen Verfügung tritt uns im Gesetz nicht zu häufig entgegen. Die bekanntesten und immer wieder angeführten Beispiele dieses Instituts gibt uns die ZPO. Im

158) Mot. III § 837 B II 2c (S. 220).

159) Ähnlich: Oertmann Dogm.J. S. 141 ff., Voss: S. 294 ff., Herold: S. 485 ff., Mot. a.a.O

160) So auch Staudinger-Kober: § 892 IV 2, Solon: S 36, Herold: 481 ff., Mot. III a.a.O., Schachian: S. 27, Raape: S. 78, RG. 71/40, OLG. Colmar in OLG. 5/143.

Wege der einstweiligen Verfügung kann nach § 938 Abs. 2 ZPO. dem Gegner eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks untersagt werden. Dies ist der praktisch wichtigste Fall eines richterlichen Veräußerungsverbots, dessen Übertretung gemäß §§ 135/136 BGB. relative Unwirksamkeit der verbotswidrigen Verfügung nach sich zieht. Durch die einstweilige Verfügung wird dem Betroffenen nicht die Verfügungsmacht über den Gegenstand genommen; er behält die volle Verfügungsgewalt und kann Verfügungen vornehmen; aber es ist ihm untersagt, von seiner Verfügungsmacht Gebrauch zu machen. Für den Gegner hat die verbotswidrige Verfügung keine Wirkungen[161]).

Ein richterliches Veräußerungsverbot zu Gunsten eines Dritten finden wir weiter in § 829 ZPO. Eine Geldforderung wird dadurch gepfändet, daß das Gericht an den Drittschuldner ein Zahlungsverbot und an den Gläubiger der Forderung ein Verfügungsverbot erläßt. Trotz der Verbote bleiben sowohl der Schuldner als auch der Drittschuldner in der Lage, wirksam über die Forderung zu verfügen; nur dem Gläubiger gegenüber bleibt die verbotswidrige Verfügung unwirksam[162]). — Hierbei taucht eine Schwierigkeit auf: Wie ist die Rechtsstellung des Drittschuldners gegenüber dem Gläubiger, wenn er in Unkenntnis der erfolgten Pfändung an den Schuldner zahlt? Muß er an den Gläubiger nochmals leisten, da für diesen die Zahlung unwirksam ist? Hier wird man aus denselben Gründen wie in dem oben behandelten gleichgelagerten Fall der Einziehung einer verbotswidrig abgetretenen Forderung durch den Erwerber (§ 6 a. E.) die Bestimmung des § 407 BGB. entsprechend anzuwenden haben[163]).

Ein weiteres richterliches Veräußerungsverbot zu Gunsten eines Dritten finden wir in § 857 ZPO. Da diese Bestimmung sich auf § 829 ZPO. stützt, ist die Rechtslage dieselbe wie bei dem vorher behandelten Falle: Verbotswidrige Verfügungen sind nur dem Gläubiger gegenüber unwirksam[164]).

Ein letztes richterliches Veräußerungsverbot finden wir in der Bestimmung des § 1019 Abs. 1 ZPO.: Soll im Wege des Aufgebotsverfahrens ein Inhaberpapier für kraftlos erklärt werden, so hat das Gericht auf Antrag eine Zahlungssperre anzuordnen; in dieser verbietet das Gericht, an den Inhaber des Papieres eine Zahlung zu leisten, oder neue Zins-, Renten, Gewinnanteil- oder Erneuerungsscheine auszugeben. Diese Zahlungssperre enthält ein richterliches Verfügungs-

---

161) So unbestr. die h. M.; vgl. Enneccerus-N.: § 135 II, Seuffert-Walsmann: § 938/2 b, Stein-Jonas: § 938 II 2, Soergel: § 136/1, Schachian: S. 31/32, Schlegelmilch: S. 20, Zauderer: S. 54, Strohal: S. 788, Wendt: S. 46, Solon: S. 52, Raape: S. 55, RG.: 117/287, 90/341, 120/118.

162) D. A.: Stein-Jonas: § 829 VI 1 u. VII a, Seuffert-Walsmann: § 829/2e, Hellwig: Rechtskraft S. 106 A. 4, Schachian: S. 33, Soergel: § 136/1, RG. 97/228, RG. in Gruchot 56/1066 f., OLG. Hamm 24/253 f.; a. M. Schlegelmilch S. 42.

163) Ebenso: Foerster-Kann: § 829/7a, Stein-Jonas: § 829 VII a, Simon: in J.W. 14/721, Brandis: in Recht 04 S. 501, RG. 87 S. 412 ff., OLG. Stuttgart in OLG. 16 S. 303.

164) Vgl. hierzu Stein-Jonas: § 803 II 1, Solon S. 52.

verbot i. S. von § 136 BGB.; eine trotz des Verbots etwa erfolgte Leistung ist dem Antragsteller gegenüber unwirksam und befreit den Aussteller ihm gegenüber nicht [165]).

Ganz ähnlich diesen richterlichen Veräußerungsverboten der ZPO. mit der Rechtsfolge relativer Unwirksamkeit sind die gerichtlichen Verbote, die auf Grund des ZVG. und der StPO. ergehen und deren Wirkung sich ebenfalls nach § 135 BGB. bestimmt. Die Beschlagnahme eines Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung hat nach § 23 ZVG. die Wirkung eines Veräußerungsverbots. Aus § 20 Abs. 1 ZVG. ergibt sich die nur relative Wirkung dieses Verbots. Auch § 24 ZVG. zeigt, daß der Schuldner nicht der Verfügungsmacht verlustig geht, ihm lediglich verboten ist, von seiner fortbestehenden Verfügungsmacht Gebrauch zu machen. Durch das Veräußerungsverbot werden alle rechtlichen Verfügungen getroffen, die das Grundstück oder die von der Beschlagnahme mitergriffenen Gegenstände betreffen. Diese Verfügungen sind nur dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam. Der bösgläubige dritte Erwerber erlangt aus der verbotenen Verfügung dem Gläubiger gegenüber keine Rechte [166]).

Dieselbe Rechtslage finden wir bei der nach § 284 StPO. vom Gericht angeordneten Beschlagnahme des Vermögens eines Angeschuldigten. Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung sind Verfügungen, die der Angeschuldigte nach der Beschlagnahme über sein Vermögen trifft, der Staatskasse gegenüber unwirksam [167]). — Ebenso ist die Bestimmung des § 283 StPO. zu beurteilen [168]).

Im BGB. finden wir die Rechtsfolge der relativen Unwirksamkeit eines Verfügungsgeschäfts nur in einigen wenigen Bestimmungen. Mehrere Fälle aus dem BGB., die gewöhnlich als Beispiele für dieses Rechtsinstitut angeführt werden, werden damit verkannt, da dort der Rechtsträger wegen einer inhaltlichen Beschränkung seines Rechts nicht mehr wirksame Verfügungen vornehmen, von relativer Unwirksamkeit daher keine Rede sein kann. Die wenigen wirklichen Beispiele von relativer Unwirksamkeit im BGB. werden dagegen durchweg von der Spezialliteratur übersehen und daher nicht behandelt.

Nur ein Fall findet allseitige Beachtung und wird auch, von einigen Ausnahmen abgesehen, einhellig beurteilt: der der Vormerkung, § 883 BGB. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung ist eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das

---

165) So Seuffert-Walsmann: § 1019/1, Foerster-Kann: § 1019/5, Stein-Jonas: § 1019/II, v. Tuhr: II 2 S. 11, Schachian: S. 33, Soergel: § 136/1, Solon: a.a.O.

166) Jaeckel-Güthe: § 23/2, Reinhard-Müller: § 23/1, Schachian: S. 101, Raape: S. 49, Zauderer: S. 54, Wolff: § 23/4, Dittenberger: in Archiv bgl. Recht 36 S. 343, RG.: 84/279, 86/258, 90/340, OLG. Hamburg in J.W. 1915 S. 502; a. M. Schlegelmilch: S 42.

167) Löwe-Rosenberg: § 284 Ziff. 6, Zauderer: S. 55, Raape: S. 35, Solon: S. 53.

168) Löwe-Rosenberg: § 283 Ziff. 5.

Recht getroffen wird, insoweit unwirksam, als sie den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Rechtsnatur der Vormerkung ist sehr umstritten; man streitet besonders darüber, ob man sie als qualifiziertes Veräußerungsverbot ansehen, oder als ein Sicherungsmittel eigener Art bezeichnen soll, das wegen seiner grundsätzlichen Unterschiede von einem Veräußerungsverbot nicht als solches bezeichnet werden kann [169]). Jedoch braucht zu dieser Streitfrage keine Stellung genommen werden; denn diese Abhandlung hat nicht zur Aufgabe, Fälle von Veräußerungsverboten mit der Rechtswirkung relativer Unwirksamkeit aufzuzeigen; lediglich die relative Unwirksamkeit selbst steht zur Erörterung, und es ist schon oben festgestellt worden, daß diese Rechtsfolge nicht notwendig ein Verbot (im technischen Sinn) voraussetzt. Es soll daher nur darauf hingewiesen werden, daß Vormerkung und Veräußerungsverbot sich nach Voraussetzungen und Wirkungen unterscheiden und daß die Vormerkung nur nach gewissen Richtungen wie ein Veräußerungsverbot wirkt [170]). In dem hier interessierenden Punkte deckt sich dagegen die Vormerkung mit einem Veräußerungsverbot i. S. von § 135 BGB.: Die Vormerkung bewirkt, daß spätere widerstreitende Verfügungen nur dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam, im übrigen vollwirksam sind. Durch die Eintragung der Vormerkung wird der Betroffene in seiner Verfügungsmacht nicht beschränkt; durch eine Hypothekenvormerkung ist er nicht an weitere Belastung gehindert, durch eine Auflassungsvormerkung nicht an weiterer Veräußerung. Den widerstreitenden Verfügungen fehlt weder eine Geltungs- noch Wirkungsvoraussetzung, wie schon der Umstand erhellt, daß sie vollwirksam werden, wenn die Vormerkung in Wegfall kommt, oder der Vormerkungsberechtigte zu der Verfügung seine Genehmigung erteilt. Auch wird durch die Eintragung der Vormerkung das Grundbuch nicht gegen weitere Verfügungen gesperrt [171]). Nur der Vormerkungsberechtigte ist gemäß § 888 BGB. befugt, die allein ihm gegenüber unwirksame Verfügung zu beseitigen. Allen Dritten gegenüber sind die widerstreitenden Verfügungen vollwirksam, und diese Dritten können sich weder auf eine angebliche Unwirksamkeit der Verfügung berufen, noch können sie sich des Rechtsbehelfs aus § 888 BGB. bedienen. § 883 BGB. ist also ein Beispiel für die relative Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts [172]).

Nur vereinzelt wird diese Ansicht bestritten [173]). Die Gegner glauben aus dem Wortlaut von § 883 Abs. 2 BGB., der sich dem von § 161 BGB. anschließt, folgern zu müssen, durch die Eintragung der Vormerkung werde eine rechtliche Beschränkung der Verfügungsmacht des Rechtsträgers bewirkt, die ihn unfähig mache, weitere Ver-

---

169) Vgl. über den Stand der Meinungen bei Güthe-Triebel: Grundb.-Ordn. § 25 Anm. 14 und RG.: 113 S. 408.

170) S. wegen dieser Unterschiede bei Staudinger-Kober: § 883 IV 3 b und RGRK.: § 883 Anm. 11.

171) RGRK. a.a.O. u. § 7 dieser Abhandl. a.E.

172) Ebenso: RGRK., Staudinger-Kober, Güthe-Triebel a.a.O. Predari: § 8 IV 1, Neumann: in J.W. 1902 S. 454 ff., Schachian: S. 70, Raape: S. 107 ff., Schlegelmilch: S. 21, Vollmar: S. 71, Strohal: S. 806, Hellmann: S. 130, Zauderer: S. 54, RG.: 116/239 u. h. M. vgl. bei Güthe in Gruchot S. 87 u. bei Schlegelmilch a.a.O.

fügungen wirksam vorzunehmen; die widerstreitenden Verfügungen seien daher jedem gegenüber unwirksam. Aber diese Ansicht setzt sich in Widerspruch zur Rechtsnatur der Vormerkung, die ein Rechtsbehelf zur Sicherung des persönlichen Anspruchs des Vorgemerkten ist und lediglich den Vorgemerkten schützen soll. Die Gegner beachten ferner nicht den klaren Wortlaut von § 888 BGB., der nur dem Vorgemerkten einen Anspruch gibt.

Aber auch der Wortlaut von § 883 Abs. 2 BGB. kann dieser Ansicht nicht zur Stütze dienen. Es ist allerdings nicht zu leugnen, daß sich der Wortlaut von § 883 Abs. 2 BGB. dem von § 161 BGB. anschließt. Jedoch ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte von § 883 und § 888 BGB., daß die Fassung der ersteren Bestimmung eine mehr zufällige ist und der Gesetzgeber durch sie nicht zum Ausdruck bringen wollte, § 883 Abs. 2 BGB. sei § 161 BGB gleichzustellen. Ursprünglich waren § 883 Abs. 2 und § 888 Abs. 1 BGB. in einer Bestimmung zusammengezogen. Da man jedoch dem Vorgemerkten einen unmittelbaren Verschaffungsanspruch gegen den Erwerber nicht geben wollte, wie vorgesehen war, nahm man die Bestimmung des § 888 BGB. auf. Da jetzt aber eine Bestimmung darüber fehlte, wie weit das eingetragene Recht der Vormerkung gegenüber unwirksam sei, wurde von der Redaktionskommission § 883 Abs. 2 BGB. eingefügt. Man betonte aber ausdrücklich, daß durch Aufnahme dieser Bestimmung nicht beabsichtigt sei, die nur einseitige Unwirksamkeit der verbotswidrigen Verfügung zu ändern[174]).

Die Gründe, die die Gegner für ihre Ansicht, daß § 883 Abs. 2 absolute Unwirksamkeit der vormerkungswidrigen Verfügung anordne, anführen, sind also nicht stichhaltig. § 883 Abs. 2 BGB. normiert einseitige Unwirksamkeit der verbotswidrigen Verfügung[175]).

Einen weiteren Fall relativer Unwirksamkeit finden wir in der Bestmmung des § 719 BGB.: Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen.

Es herrscht lebhafter Streit darüber, wie diese Bestimmung aufzufassen sei. Hat der Gesellschafter einen Anteil nicht nur an dem Gesellschaftsvermögen, sondern auch an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen, über den er allein aber nicht verfügen kann? Oder besteht ein solcher Anteil lediglich an dem Gesellschaftsvermögen, und dem Gesellschafter ist durch das Gesamthandsverhältnis die Verfügungsmöglichkeit über diesen Anteil nicht genommen, sondern ihm lediglich der übrigen Gesellschafter wegen untersagt, durch Veräußerung des Anteil ihnen einen unliebsamen Gesamthänder aufzuzwingen? — Um die Bedeutung von § 719 BGB. zu erfassen, muß kurz auf das Wesen der Gesamthand eingegangen werden. Die Gesamthand hat ihren Ursprung im altgermanischen Familienrecht; sie wurde dann im Mittelalter in das Lehnrecht und Handelsrecht übernommen. Von hier aus fand sie in der neueren Zeit Eingang in das Preußische Recht. Die Verfasser des BGB. formten nach ihr die Gesellschaft, die eheliche Gütergemein-

---

173) Siehe die erschöpfende Literaturangabe bei Güthe in Gruchot S. 87.
174) Vgl. Prot. 3 S. 746.
175) Vgl. zur Entst.Gesch. von § 883 Abs. 2: Prot. 3 S. 112, 743 ff.; ebenso Güthe in Gruchot S. 88 ff.

schaft und die Miterbengemeinschaft[176]). Die römische societas unterscheidet sich grundlegend von der Gesamthand; in ihr wurden nur Rechte und Pflichten der Gesellschafter untereinander begründet; im übrigen aber war der Gesellschafter sehr selbständig gestellt; er besaß einen Anteil an den einzelnen Gesellschaftsgegenständen und konnte frei über ihn verfügen. Bei der Gesamthand dagegen steht die Gemeinschaft im Vordergrunde; sie soll geschützt und erhalten werden, und zu diesem Zweck wird ein besonders Vermögen mit eigenartiger Stellung geschaffen: Das Gesellschaftsvermögen (§ 718 BGB.). Dieses Gesellschaftsvermögen gehört der Gemeinschaft zur gesamten Hand und dient den Zwecken der Gesellschaft. Der einzelne Gesellschafter kann über die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens nicht verfügen, auch nicht über einen Teil daran. Man hat dies damit zu erklären versucht, daß man sagt, der Gesellschafter habe zwar einen Anteil an den Gesellschaftsgegenständen (über dessen Festlegung aber lebhafter Streit herrscht); aber dieser Anteil sei seiner Herrschaft durch eine Verfügungsbeschränkung entzogen[177]). — Diese Ansicht fußt auf dem römischen Recht; sie ist für uns unannehmbar. Neben anderen Gründen, wie sie gelegentlich im Schrifttum aufgezählt werden[178]), spricht entscheidend gegen die Richtigkeit dieser Meinung, daß die gesetzlichen Folgen einer solchen Rechtsteilung, nämlich Konfusion der Forderung oder Schuld eines Gesellschafters an das Gesellschaftsvermögen, nicht eintreten und daß bei der Auseinandersetzung der Gesellschafter hinsichtlich der ihm übertragenen restlichen Eigentumsanteile Vertrauensschutz nicht genießt.

Die h. M. sieht daher mit Recht in der Gesamthand eine Gemeinschaft zu ungeteiltem Recht, in der der Gesamthänder einen Anteil am Gesamtvermögen, nicht aber an den einzelnen Gegenständen besitzt[179]). Jedoch taucht sofort eine weitere Frage auf: Ist die Gesellschaft zusammengefaßt, steht ihr das Gesellschaftsvermögen und der einzelne Gegenstand zu, oder ist das Gesellschaftvermögen dergestalt verschmolzen, daß nur an ihm Rechte der Gesamthänder bestehen, nicht an den einzelnen Gegenständen?

Die h. M. hat sich für die erstere Alternative entschieden[180]). Ihr kann jedoch nicht beigetreten werden. Eine Personengesamtheit, der einheitlich ein Recht zusteht, kann nur eine juristische Person sein. Die Gesellschaft kann aber nicht als juristische Person angesehen werden. Die juristische Person ist nach Art und Entstehung im Gesetz genau und ausschließlich geregelt. Das Gesetz unterscheidet selbst in

---

176) Vgl. Gierke: I S. 604 ff., Fr. Leonhard: Allg. Schuldrecht § 369.

177) So Binder: Rechtsstellung des Erben 3 S. 6 ff., Kipp: V § 82, Cosack: § 276 I, OLG. München in Recht 1907/1538; weitere Angaben siehe bei Kober: Vorb. IV 1 vor § 705 S. 1204, Fr. Leonhard: Allg. Schuldrecht S. 742 Anm. 3.

178) Vgl. bei Fr. Leonhard: Allg. Sch. § 369, Erbr. § 2032 III B, Planck≠E.: § 2032/2, Kober a.a.O.

179) Vgl. Enneccerus≠L.: § 312, v. Tuhr: § 3 A. 11 u. § 20, Gierke: I S. 663 ff., Planck≠E. a.a.O. u. § 719, Kober, Fr Leonhard: Allg. Schuldr. u. Erbr. a.a.O., bes. Schuldrecht § 147, bgl. Recht S. 97 u. 228, Endemann § 180 N. 3, Crome: § 280 N. 2 RG. 56 S. 100 u. 208; auch RG. 70 S. 33; weitere Angaben s. bei Fr. Leonhard: Allg. Schuldr. u. Kober aa.O.

180) Vgl Gierke, Enneccerus≠L., Kober, v. Tuhr a.a.O., RG. 56/208; s. auch die weiteren Ang. bei Kober a.a.O.

§ 54 BGB. zwischen der juristischen Person und der Gesellschaft; die Stellung der Gesellschaft im Rechtsleben ist eine völlig verschiedene von der der juristischen Personen. — Hiervon abgesehen ist aber auch die notwendige Folge bei Annahme einer juristischen Person unannehmbar, daß bei der Teilung der Gesellschafter hinsichtlich des ganzen erworbenen Gegenstandes Vertrauensschutz genießen würde. Wir werden daher genötigt, das Gesellschaftsvermögen als Einheit aufzufassen; an ihm bestehen die Rechte der Gesamthänder. Die Gegenstände gehören den Gesellschaftern gemeinsam. Der einzelne Gesellschafter hat an ihnen kein Anteilsrecht, sondern es steht ihm lediglich ein Mitrecht zu, da noch ungewiß ist, wem bei der Teilung der einzelne Gegenstand zufällt [181]). Die Zuteilung ist somit nichts anderes als eine Klarstellung, wem die einzelnen Gegenstände gehören. Weder der ganze Gegenstand, noch auch die fehlenden Teilrechte werden übertragen; der Empfänger genießt daher keinen Vertrauensschutz.

Für diese Ansicht spricht nicht nur die Geschichte; sie steht auch im Einklang mit der gesetzlichen Gestaltung der Gesamthand im BGB.[182]). Nicht nur bei der Miterbengemeinschaft hat der Miterbe nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 2033 Abs. 1 BGB. einen Anteil am Nachlaß, über den er verfügen kann; auch bei der Gesellschaft hat der Gesellschafter einen Anteil am Gesellschaftsvermögen, der im Gesetz häufig erwähnt wird (§§ 719, 725, 738 BGB.) und der in ähnlicher Weise unter sinngemäßer Anwendung von § 738 BGB. übertragen werden kann [183]) [184]).

Nachdem wir so das Wesen der Gesamthand festgestellt haben, können wir auch zu unserer Ausgangsfrage nach der Bedeutung von § 719 BGB. Stellung nehmen. Wir haben gesehen, daß der Gesellschafter einen Anteil am Gesellschaftsvermögen besitzt, daß dieser Anteil gemäß §§ 736 ff. BGB. grundsätzlich übertragbar ist, und daß auf diese Weise bei Zustimmung der übrigen Gesellschafter ein neuer Gesellschafter aufgenommen werden kann. Daraus folgt ohne weiteres, daß dem Übertragungsakt keine Geltungsvoraussetzung fehlt, die ihn nichtig macht, wie vereinzelt angenommen wird [185]). — Wir haben aber weiter festgestellt, daß bei der Gesamthand die Gesellschafter nicht derart verbunden werden, daß eine juristische Person oder ein ähnliches Gebilde entstände und der Gesellschafter so in der Verfügung über seinen Anteil durch die Rechte der juristischen Person oder der übrigen Gesellschafter beschränkt, eine Verfügung ihm nicht möglich wäre: vielmehr ist bei der Gesamthand das Gesellschaftsvermögen dergestalt zusammengefaßt, daß Rechte der durch den Gesell-

---

181) So Leonhard a.a.O., Hamburger in Gruchot 48/58, RG.: 68 S. 413; ähnl. auch Planck-E.: § 2032/3; ferner die bei Leonhard: Allg. Schuldr. S. 371 Gen.

182) Über vorgebrachte Gegengründe vgl. bei Fr. Leonhard: Erbr. a.a.O., wo auch zugl. treffend widerl.

183) H. M. vgl. Fr. Leonhard: Bes. Schuldr. § 152, Erbr. § 2032 III D, Oertmann, Siber, Kober: zu § 736, Lehmann: § 179, RG.: 82 S. 160.

184) Daß auch bei der Güter- u. Fahrnisgemeinschaft der Gemeinschaftsanteil grundsätzlich übertragbar ist, folgt aus § 1491 B.G.B.; nur bei Lebzeiten beider Ehegatten ist die Übertragung vom Gesetz ausgeschlossen.

185) Planck-Siber: § 719/3, Zitelmann in Dogm.J. 73 S. 185 ff., RG. 60 S. 131.

schaftsvertrag verbundenen Gesellschafter nur an ihm bestehen. § 719 BGB. beruht daher nicht auf besonderer gemeinschaftsrechtlicher Struktur des Gesellschaftsverhältnisses, sondern bezweckt die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens für die Zwecke der Gesellschaft[186]). Im Interesse der Gesellschafter ist durch gesetzliches Verbot i. S. von § 135 BGB. jedem Gesellschafter untersagt, über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen zu verfügen. Bei Übertretung dieses Verbots ist die Verfügung den Gesellschaftern gegenüber unwirksam. § 719 BGB. ist also ein gesetzliches Veräußerungsverbot i. S. von § 135 BGB. mit der Rechtsfolge relativer Unwirksamkeit[187]).

Sehr umstritten ist die Frage, welche Wirkung die Vereinbarung gemäß § 399 BGB., durch die die Abtretung einer Forderung ausgeschlossen wird, nach sich zieht. Auch dieser Fall wird von der Spezialliteratur über die relative Unwirksamkeit durchweg nicht ins Auge gefaßt. Da die Meinungen um § 399 Halbsatz 2 BGB. sehr geteilt sind, bedarf dieser Fall einer eingehenden Behandlung.

Es ist behauptet worden, das pactum de non cedendo habe nur schuldrechtliche Wirkung unter den Vertragschließenden, gebe dem Schuldner nur eine Einrede gegen den Zessionar[188]). — Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Gegen sie spricht schon der Wortlaut von § 399 BGB., der offenbar dem Schuldner mehr als eine Einrede geben will. Außerdem stünde den Parteien auch ohne gesetzliche Regelung frei, einen solchen schuldrechtlichen Vertrag abzuschließen. — Schließlich zieht diese Meinung auch unmögliche Folgen nach sich, da dem Zessionar jetzt eine Einrede entgegenstehen würde, der Zedent aber nicht mehr legitimiert wäre[189]). Mit der h. M. ist daher festzustellen, daß der Ausschluß der Abtretung unmittelbare, rechtsgestaltende, dingliche Wirkung hat, also eine Verfügung ist[190]).

Jetzt taucht aber notwendig die weitere Frage auf: Sagt § 399 BGB., daß kraft des vom Gesetz hierzu ermächtigten Parteiwillens durch den Vertrag ein unveräußerliches Recht geschaffen wird? Oder stellt das pactum de non cedendo ein entgegen § 137 BGB. dinglich wirkendes Veräußerungsverbot dar?

Der Wortlaut von § 399, der sehr absolut gehalten ist und die Zusammenfassung von Halbsatz 1 und 2 in eine Gesetzesbestimmung, wobei der erste Halbsatz zweifellos von unveräußerlichen Forderun-

---

186) Ähnl. schon RG. 70 S. 33.

187) H. M.; vgl. Lehmann: § 176 II, Kober: Vorb. § 705 IV 2, Oertmann: § 719, Warneyer: § 719/1, Soergel: § 136/1, RGRK.: § 719/2, RG. 56/209, 92/398, 93/294, RG. in JW. 1919/933, Kuhn: S. 55 u. die erschöpfende Übersicht ebendort auf S. 52 i. A. — A. M. Hellmann: S. 130, RG. in Gruchot: 56/938, OLG. Hamburg in Seuff.A. 73 Nr. 72 u. die bei Kuhn S. 48 Genannten.

188) Rehbein: §§ 398—413 Anm. 11, Endemann: § 151/1 b, § 50 Anm. 21.

189) Jung: S. 847, Oertmann: § 399/1 b, Staudinger-Werner: § 399/2, Fr. Leonhard: Allg. Schuldr. S. 659, RGRK.: § 137/1, Brückmann: S. 248, R. Schmidt: S. 69, Wünschmann S. 216.

190) So Fr. Leonhard, Oertmann, Staudinger-Werner a.a.O., Goldmann-L.: § 43/4b, Soergel: § 399/4, Gierke: 3 S. 201, Kohler: S. 163, Kaufmann: S. 40, R. Schmidt: S. 33 u. 69, Raape: S. 111.

gen handelt[191]), spricht für die Beantwortung der Frage im ersteren Sinn. Wir haben jedoch schon früher festgestellt, daß aus der Ausdrucksweise des Gesetzes kein sicherer Schluß auf die Rechtsfolge der Bestimmung gezogen werden kann. Dies trifft insbesondere bei § 399 BGB. zu, da aus seiner Entstehungsgeschichte hervorgeht, daß Fassung wie Zusammenstellung nur eine zufällige ist[192]).

Die Anhänger der Ansicht, daß durch das pactum ein unveräußerliches Recht geschaffen werde, führen daher auch andere Gründe für ihre Auffassung an. v. Tuhr[193]) sagt, die Zulässigkeit des pactum ergebe sich aus dem das Schuldrecht beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit. — Bei dieser Meinung übersieht aber v. Tuhr, daß der Vertrag nach § 399 BGB. ein dinglicher ist, auf dingliche Verträge jedoch der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht angewendet werden kann[194]).

Eine andere Ansicht[195]) geht dahin: Die Unübertragbarkeit wird wie jede andere Relativität der Forderung durch Parteiwillen von vornherein geschaffen, ist also der Forderung immanent. — Jedoch unterliegt auch diese Auffassung schwersten Bedenken. Man kann keinen Grund dafür angeben, warum die Unveräußerlichkeit anderen Eigenschaften gleichzusetzen sei, deren Begründung der Parteiwillkür unterliegt. Aus §§ 398 und 137 BGB. ist das Gegenteil zu folgern. Ferner kann diese Ansicht nicht erklären, warum die unabtretbare Forderung im Fall des § 405 BGB. doch veräußerlich ist[196]). Schließlich besteht noch ein letztes Bedenken: Übereinstimmend nimmt man an, daß die verbotswidrige und nichtige Abtretung durch Zustimmung des Schuldners geheilt werde[197]). Die Auslegung des pactum ergebe nämlich regelmäßig nach § 133 BGB., daß nur die Abtretung ohne Zustimmung des Schuldners ausgeschlossen sei[198]). Diese Ansicht ist aber unhaltbar. Ein nichtiges Rechtsgeschäft, dem eine Geltungsvoraussetzung fehlt, kann niemals Wirksamkeit erlangen. Hiervon abgesehen bedurfte es aber nicht, um diese Abtretungsbeschränkung zu erzielen, der nachträglichen Aufnahme der Bestimmung des § 399 BGB., da eine solche Wirkung dem pactum schon mit Hilfe einer Bedingung beigelegt werden konnte[199]). Diese Begründungen sind daher unbefriedigend.

Mit einer eigenen Theorie begründet Raape die Auffassung, daß das pactum ein veräußerliches Recht schaffe, und geht auf die von der bisherigen Meinung ungelöste Frage ein, warum selbst im Fall des

---

191) Vgl. R. Schmidt: S. 75.

192) Vgl. Prot. I S. 384, Mot. II S. 122—132, Wünschmann: S. 223; auch Schmidt-Miehe: S. 24.

193) Bd. I S. 223, II 2 S. 9, Henle: S. 196.

194) Ebenso: Fr. Leonhard: Allg. Schuldr. S. 675, Kaufmann: S. 40, R. Schmidt: S. 71.

195) Brückmann: S. 437 ff., Werner: § 399/2, Siber: § 399/2, Gierke: III S. 201, Crome: II S. 326, Kaufmann: S. 40, Achilles-Greiff: § 399 2, RG. 86/350 = J. W. 1915 S. 677, RG. 75 S. 142 ff., RG. in Seuff. Arch. 75/163 = RG. 97/78.

196) Vgl. Wünschmann aa.O.

197) Vgl. Anm. 195 u. Lehmann: § 79 III 2, Jung: S. 847, Warneyer: § 399/3, Dernburg: I § 116/2, Kreß: S. 501 Anm. 13, Titze: S. 71.

198) So Brückmann: S. 439, Siber: § 399/2, Werner: § 399/3, Lehmann: § 79 III 2, Schumann: S. 126.

199) Vgl. R. Schmidt: S. 72, Wünschmann: S. 212.

nachträglichen pactum die Forderung ihrem Wesen nach unübertragbar sei. Raape [200]) unterscheidet drei Arten von Rechten: Abtretbare, unabtretbare und neutrale. Die neutralen oder unfertigen Rechte sind nach Raape diejenigen, deren Charakter das Gesetz nicht festgelegt hat, sondern die die Parteien durch ihre Entscheidung erst fertig machen. Zu diesen zählt Raape die Forderung. Es sei aber nur die wesenswidrige Unabtretbarkeit auf ein Veräußerungsverbot zurückzuführen, die Unabtretbarkeit sei der Forderung jedoch nicht wesenswidrig, da die Forderung zu den neutralen Rechten zähle, deren Charakter erst durch Parteibestimmung festgelegt werde. Hieraus folgert Raape, daß es sich in § 399 BGB. nicht um ein Veräußerungsverbot handele.

Der Ansicht von Raape kann nicht beigestimmt werden. Raape übersieht die Grundbestimmung des § 398 BGB., die Forderungen grundsätzlich für übertragbar erklärt. Seine Einordnung der Forderungen in die von ihm ziemlich willkürlich geschaffene Gruppe der neutralen Rechte ist unbegründet.

Hiermit sind die Gründe der Meinung, daß durch das pactum nach § 399 BGB. ein unübertragbares Recht geschaffen werde, erschöpft; sie haben sich als nicht stichhaltig erwiesen.

Aber auch eine Verfügungsmachtbeschränkung des Zedenten in dem Sinn, daß die verbotswidrige Abtretung absolut unwirksam wäre [201]), tritt zweifellos durch den Ausschlußvertrag nicht ein; denn durch den Vertrag wird dem Zedenten die Verfügungsgewalt über die Forderung nicht genommen, es entsteht kein Gegenrecht des Schuldners, durch das seine Rechtsmacht ähnlich wie bei § 161 BGB. Einbuße erlitte. Wir werden daher mit einer verbreiteten Meinung genötigt, in dem Ausschluß der Abtretung nach § 399 ein entgegen § 137 BGB. dinglich wirkendes Veräußerungsverbot zu sehen [202]), dessen Übertretung, da es zum Schutz des Schuldners besteht, in Analogie von § 135 BGB.[203]) relative Unwirksamkeit der Verfügung nach sich zieht.

Mit dieser Klarstellung von § 399 BGB. haben wir zugleich die Lösung für etwaige Bestimmungen in Sondergesetzen gefunden, die ebenso wie § 399 BGB. einen Ausschlußvertrag der Abtretung von Rechten enthalten; denn auf diese Sonderbestimmungen findet gemäß § 413 BGB. der§ 399 BGB. Anwendung, einerlei, ob die Sonderbestimmung sich wortgemäß an § 399 BGB. anschließt, oder ob sie eine Abweichung von § 399 BGB. etwa dahin enthält, daß die Abtretung nur mit Zustimmung eines Dritten möglich sei [204]). Wir kommen so dazu, in der Bestimmung des Gesellschaftsvertages einer

---

200) S. 169—173.

201) So Simon: S. 46.

202) Leonhard: Allg. Schuldr. S. 659, bgl. Recht S. 77, Oertmann: § 399/1 (anders § 137/2a), Nipperdey: § 135 II 3 (gegen § 135 II 1), Planck-St.: § 137/1b, RGRK.: § 399/1 u. 3, Goldmann-L.: § 43/4b, Cosack: S. 186 II, Kreß: S. 501, Kohler: S. 163, Biermann: S. 180 Anm. 18, Hellmann: S. 130, Schmidt-Miehe: S. 20 f., RG. in L. Z. 09/159, OLG. Hamburg in Recht 1910 Nr. 3576; s. auch RG. in L. Z. 14 S. 1712.

203) Oertmann: § 399/1b, Siber: § 399/3, Wünschmann: S. 222.

204) Ähnl. KG. in Bl. f. Rechtspflege 1906 S. 109, Staub-Pinner: II § 222 Anm. 3, Foertsch: S. 50, Hachenburg: § 15 Anm. 56, Soergel: § 399/3, R. Schmidt: S. 31 ff., Hönn S. 15, 64 A. 2, Scholz: § 15 V 2gg.

G.m.b.H. gemäß § 15 Abs. 2 G.m.b.H.Gesetz, daß ein Geschäftsanteil nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbar sei, ein entgegen § 137 BGB. dinglich wirkendes Veräußerungsverbot mit der Rechtsfolge relativer Unwirksamkeit der verbotswidrigen Verfügung zu erblicken[205]). — Ebenso ist in dem gleichgelagerten Fall der Übertragung von gebundenen Namensaktien nach § 222 Abs. 2 HGB. zu entscheiden[206]).

Noch ein weiteres Beispiel relativer Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts liefert uns das G.m.b.H.Gesetz. Nach § 9 Abs. 2 dieses Gesetzes sind Vergleiche oder Verzichtleistungen der Gesellschaft über die ihr gegen ihre Gechäftsführer zustehenden Ersatzansprüche unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Diese Unwirksamkeit ist eine einseitige i. S. von § 135 BGB. und nicht mit Nichtigkeit gleichzusetzen. Eine Gesellschaft, die imstande ist, ihre Gläubiger zu befriedigen, ist an den Vergleich oder Verzicht gebunden, auch wenn er die Gesellschaft schädigt. Liegen aber die Voraussetzungen der Unwirksamkeit vor, so ist der Erlaß für die Gesellschaftsgläubiger ohne rechtliche Wirkung und in ihrem Interesse, aber auch nur dazu, braucht die Gesellschaft ihn nicht zu beachten[207]).

Zwei Fälle relativer Unwirksamkeit finden wir endlich in § 29 KO. (§ 1 R.Anf.Ges.) und in § 106 KO.: § 29 KO. bestimmt, daß gewisse vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommene Rechtshandlungen des Gemeinschuldners als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam angefochten werden können. Durch diese Anfechtung entsteht gemäß § 37 KO. ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückgewähr zur Konkursmasse. — Die auf Grund dieser Bestimmungen eintretende relative Unwirksamkeit unterscheidet sich grundsätzlich von derjenigen, die wir bisher behandelt haben, und einige Schriftsteller lehnen es daher ab, § 29 KO. als Fall der relativen Unwirksamkeit anzusehen[208]). Jedoch bedarf er in diesem Zusammenhang, ebenso wie der oben behandelte fast gleich gelagerte Fall des § 9 Abs. 2 G.m.b.H.Ges., der Erwähnung, da durch die Anfechtung gemäß § 29 KO. ein an sich wirksames Rechtsgeschäft einer Partei, nämlich den Konkursgläubigern gegenüber, seine Wirksamkeit verliert, während es dem Gemeinschuldner und Dritten gegenüber, die ebenfalls an der Beseitigung der Rechtsfolgen sehr wohl ein Interesse haben können, rechtswirksam bleibt[209]).

---

205) Ebenso Liebmann-S.: § 15 A. 17, Foertsch: § 15/1, Parisius-Cr.: § 17/7, Crüger-Cr.: § 15/8, Esser: § 15 (letztere drei unklar); vgl. auch RG. in Recht 09/1814, OLG. Rostock in OLG. 32 S. 199. A. M.: Hachenburg: § 15 Anm. 56, Pick: S. 43/44, Feine: § 28 I 1, Hönn: S. 64/65 (im Widerspruch zu S. 55).

206) Makower: § 222 Va, RG. 26/88, OLG. Dresden in ZHR. 47/111 = Seuff. A. 50/413 ff. — A. M.: Staub-Pinner: § 222 Anm. 3, Lehmann-Ring: § 322 Note 4, RG. 41 S. 7 f.

207) D. A.: Hachenburg: G.m.b.H. Ges. § 9 An. 13—16, bes. Anm. 15, Crüger-Cr.: § 9 Anm. 4, Parisius-Cr: § 9 Anm. 4, Brodmann: § 9 Anm. 3a, Scholz: §9 II, Schachian: S. 99 ff.

208) Schachian: S. 151, Schlegelmilch: S. 50, Oertmann: Dogm. J. S. 299 ff.

209) So h. M.; vgl. Jaeger: K. O. I § 29 Anm. 12 u. 22, Mentzel: § 29 Anm. 4, Warneyer: Anf. Ges. § 1 V, Vollmar: S. 76, Zauderer: S. 69, Alexander: S. 61, RG.: 70/112, 71/176, 91/367 ff.

Schließlich bestimmt § 106 KO., daß das Gericht im Eröffnungsverfahren ein allgemeines Veräußerungsverbot an den Schuldner erlassen kann. Dieses Veräußerungsverbot ist ein gerichtliches Verbot i. S. von § 136 BGB., bezweckt den Schutz der Konkursgläubiger und läßt ihnen gegenüber verbotswidrige Verfügungen des Gemeinschuldners unwirksam bleiben[210]).

§ 9: Scheinbare Fälle relativer Unwirksamkeit.

Als Letztes bleibt uns jetzt noch übrig, die nicht in § 7 dieser Abhandlung angeführten Fälle nachzuweisen, in denen man fälschlicherweise von relativer Unwirksamkeit gesprochen hat oder noch spricht. In diesen Fällen liegt in Wahrheit eine uneingeschränkte Verfügungsmacht des Berechtigten, gegen die sich das gesetzliche Verbot wendet und die es daher zur Voraussetzung hat, nicht vor; vielmehr ist hier die Rechtsmacht des Berechtigten schón anderweitig eingeschränkt, sodaß er eine wirksame Verfügung allein nicht vornehmen kann; die Verfügung ist daher absolut unwirksam.

Außerhalb des BGB. sind folgende Fälle zu erwähnen:

Zum Zweck der Gestellung eines Angeschuldigten, der sich verborgen hält, kann nach § 290 StPO. sein Vermögen durch Gerichtsbeschluß mit Beschlag belegt werden. Die Wirkung dieser Beschlagnahme bestimmt § 292 StPO. dahin, daß der Angeschuldigte mit der Bekanntmachung des Beschlusses das Recht verliert, über sein Vermögen unter Lebenden zu verfügen. Aus diesem klaren Wortlaut des Gesetzes geht hervor, daß der Beschlagnahmebeschluß kein Veräußerungsverbot enthält, sondern dem Angeschuldigten die Verfügungsfähigkeit über sein Vermögen nimmt. Verfügungen des Angeschuldigten über sein Vermögen nach der Beschlagnahme sind also absolut unwirksam[211]).

§ 186 Abs. 4 HGB. regelt die Rechtsfolge, die eintritt, wenn den gesetzlichen Vorschriften bei der Gründung einer Aktiengesellschaft („gefährliche" Gründung) nicht genügt ist. Er bestimmt trotz seines Wortlauts keine relative Unwirksamkeit der Abkommen, die einzelnen Aktionären besondere Vorteile gewähren. Die Vorschrift des § 186 HGB. bezweckt nicht den Schutz der Aktiengesellschaft, sondern bestimmt im Interesse der Gesellschafter und der Allgemeinheit die Vorausestzungen, denen im Fall der Gründung einer Aktiengesellschaft nach § 186 HGB. genügt werden muß. Von relativer Unwirksamkeit kann daher keine Rede sein[212]).

---

210) So h. M.; vgl. Mentzel: § 106 Anm. 4, Enneccerus-N.: § 135 II, Schachian: S. 34, Raape: S. 107, Schlegelmilch: S. 33, Zauderer: S. 55, RG. 74 S. 226, OLG. 23 S. 307; a. M.: Strohal: S. 816.

211) Ebenso Hellwig: Lehrb. § 44 III 7 mit § 46 I Anm. 7 u. 8, Raape: S. 94, Schlegelmilch: S. 37 (zu § 433 St. P. O.), Solon: S. 10, RGRK.: § 135/2; a. M. Löwe-Rosenberg: Anm. zu § 291 u. § 292 Z. 1b u. die dortselbst Aufgezählten, Soergel: § 136/1.

212) Düringer-Hachenburg: III 1 § 186 Anm. 63 ff., Staub-Pinner: II § 186 Anm. 16 ff., Schachian: S. 96 f.

Die Beschlagnahme eines Grundstücks im Wege der Zwangsverwaltung gemäß § 146 ZVG. hat entgegen den für die Zwangsversteigerung nach § 23 i. V. mit § 20 Abs. 1 und § 24 ZVG. geltenden Bestimmungen nicht die Wirkung eines Veräußerungsverbots i. S. von § 135 BGB.; vielmehr geht der Schuldner durch die Beschlagnahme des Verfügungsrechts verlustig. Diese Rechtsfolge ergibt sich aus § 148 Abs. 2 ZVG. und den folgenden Vorschriften, nach denen dem Schuldner durch die Beschlagnahme die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen, dagegen dem Verwalter diese entzogenen Rechte und auch das Verfügungsrecht über das Grundstück übertragen wird. Da nach diesen Bestimmungen dem Schuldner das Verfügungsrecht nicht mehr zusteht, kann er keine wirksamen Verfügungen mehr treffen; seine Verfügungen sind von jetzt an absolut unwirksam[213]).

Besonders häufig finden wir bei Bestimmungen des BGB., die entweder lediglich eine Klarstellung von Rechten bei widerstreitenden Interessen bezwecken, oder die Verfügungsmacht des Betroffenen einengen, die Ansicht vertreten, das Gesetz ordne hier relative Unwirksamkeit der verbotswidrigen Verfügung an. Bei näherer Betrachtung dieser Gesetzesbestimmungen wird aber offenbar, daß in Wahrheit in diesen Fällen die Verfügung absolut unwirksam ist, da ihr eine Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt.

Man behauptet, § 506 BGB., der die auflösende Bedingung in dem Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten dem Vorkaufsberechtigten gegenüber für unwirksam erklärt, sei ein Beispiel für die relative Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts[214]). Diese Ansicht ist irrig. Ein schuldrechtliches Geschäft hat nur Wirkung unter den Parteien und es versteht sich daher von selbst, daß durch ein schuldrechtliches Geschäft eine mehrseitige Wirksamkeit nicht erzielt werden kann. § 506 BGB. dient lediglich der Sicherstellung des Vorkaufsberechtigten, will verhindern, daß sein Recht durch Abmachungen der fraglichen Art vereitelt werde. Mit relativer Unwirksamkeit hat daher § 506 BGB. nichts zu tun[215]).

Ebenso verfehlt ist es, im Fall des § 574 BGB., der für den Fall der Veräußerung eines vermieteten Grundstücks die Wirksamkeit von Vorauszahlungen des Mietzinses an den früheren Eigentümer regelt, von relativer Unwirksamkeit zu reden[216]). Durch die Annahme des Mietzinses nach der Veräußerung des Grundstücks verfügt der Veräußerer über fremdes Recht. Die Verfügung ist daher an sich ab-

213) A. M.: Jaeckel-Güthe: § 146 VI 2, Reinhard-Müller: § 146/8, Wolff: § 146/3, Enneccerus-N.: § 135 II Schachian: S. 106, Raape: S. 102, Zauderer: S. 54, Solon: S. 53. — Richtig: Hellwig; Lehrb. § 44 III 7 mit § 46 I Anm. 7 u. 8, Schlegelmilch: S. 42 u. 34 (bei Würdigung seines verschiedenen Ausgangspunktes).

214) Riezler: VE 4 vor § 104, R. Leonhard: S. 437, Schachian: S. 62 ff., Vollmar: S. 76, Lieven: S. 26, Markwald: S. 57, Oettinger: S. 42, Pfeiffer: S. 45, Alexander: S. 60; weitere Anhänger s. bei Zauderer: S. 61.

215) Richtig: Oertmann: Dogm. J. S. 283, Strohal: S. 780, Zauderer: S. 61.

216) So Schachian: S. 66, Vollmar, Lieven, Markwald, Pfeiffer, Alexander, R. Leonhard: a.a.O.; weitere Anhänger bei Oertmann: Dogm. J. S. 244.

solut unwirksam. Da aber der Mieter sich in ähnlicher Lage wie der Schuldner bei der Abtretung einer Forderung befindet, überträgt das Gesetz den in §§ 406, 407 BGB. niedergelegten Rechtsgedanken auf das Verhältnis zwischen Mieter und dem Erwerber. § 574 BGB. ist also eine Schutzvorschrift für den gutgläubigen Mieter und hat mit relativer Unwirksamkeit nichts zu tun[217]).

Sehr oft verkannt wird die Bestimmung des § 1124 BGB. (und damit auch §§ 1126 und 1128 BGB.). § 1124 BGB. regelt die Wirksamkeit der Miet- und Pachtzinszahlungen eines mit einer Hypothek belasteten vermieteten oder verpachteten Grundstücks gegenüber dem Hypothekengläubiger und läßt Vorausverfügungen über den Miet- oder Pachtzins unter Übernahme des Rechtsgedankens aus § 574 BGB. in gewissem Umfange dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam sein. Man will nun in § 1124 BGB. ein gesetzliches Verfügungsverbot i. S. von § 135 BGB. zu Gunsten des Hypothekengläubigers erblicken und sagt, durch § 1124 werde dem Grundstückseigentümer zu Gunsten des Hypothekengläubigers verboten, im voraus über den ihm zustehenden Miet- bezw. Pachtzins zu verfügen[218]). — Die Anhänger dieser Meinung übersehen aber die Vorschrift des § 1123 BGB., welche bestimmt, daß die Hypothek, die auf dem vermieteten oder verpachteten Grundstück ruht, sich auf die Miet- oder Pachtzinsforderung erstreckt. Man übersieht also, daß dem Mieter oder Pächter zwei Berechtigte gegenüberstehen; durch die gesetzliche Bestimmung des § 1123 Abs. 1 BGB. wird die Verfügungsmacht des Eigentümers derart eingeschränkt, daß er ohne Zustimmung des Hypothekengläubigers überhaupt nicht über die Miet- und Pachtzinsforderungen verfügen kann[219]). § 1124 BGB. beschränkt also nicht die Verfügungsrechte des Eigentümers, sondern begründet erst seine Verfügungsmacht. Vorausverfügungen des Eigentümers über den Pachtzins über das gesetzliche Maß hinaus sind als Verfügungen eines Nichtberechtigten absolut unwirksam.

Es mag weiter noch kurz auf die Bestimmungen der §§ 1071 und 1276 BGB. hingewiesen werden, die anordnen, daß ein mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch belastetes Recht nur mit Zustimmung des Berechtigten aufgehoben werden kann. Auch in diesen beiden Fällen ist der Rechtsinhaber durch die Rechte des Berechtigten beschränkt, sodaß er ohne seine Zustimmung als Nichtberechtigter verfügt. Mangels Zustimmung ist daher seine Verfügung über das Recht absolut[220]) und nicht, wie Strohal glaubt[221]), relativ unwirksam.

Sehr umstritten ist es, welche Wirkung gewissen Verfügungen des Vorerben gemäß §§ 2113 ff. BGB. beizulegen ist. § 2112 BGB. sagt, der Vorerbe kann über die Nachlaßgegenstände frei verfügen, soweit nicht in den §§ 2113 ff. BGB. etwas anderes bestimmt ist. In Anlehnung an die Fassung des § 161 BGB. bestimmen dann die §§ 2113 ff.

---

217) Richtig: Oertmann a.a.O., Kober: § 574 I, Strohal: S. 781, Zauderer: S. 63.

218) Schachian, Vollmar, Lieven, Markwald, Pfeiffer: a.a.O., Raape: S. 133, Strohal: S. 783, Zauderer: S. 57 (im Gegensatz zu S. 49).

219) Völlig verkannt von Zauderer a.a.O. u. S. 63; unklar Oertmann: Dogm. J. S. 242.

220) Richtig: Oertmann: Dogm. J. S. 238, Raape: S. 129, Zauderer: S. 64 f., Simon: S. 49, 50.

221) S. 777.

BGB., daß gewisse Verfügungen des Vorerben, besonders solche über Grundstücke im Fall des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam sind, als sie das Recht des Nacherben beeinträchtigen würden.

Eine verbreitete Meinung glaubt nun, diese Bestimmungen dahin auffassen zu müssen, dem Vorerben stünde die Verfügung über sämtliche Nachlaßgegenstände zu, nur sei ihm im Sinn von § 135 BGB. bei einigen Gegenständen zum Schutz des Nacherben verboten, von seinem Verfügungsrechte Gebrauch zu machen[222]). — Diese Ansicht kann nicht gebilligt werden. Gegen sie spricht einmal der Wortlaut von § 2113 BGB., der, wie gesagt, sich dem von § 161 BGB. anschließt. Auch aus der Entstehungsgeschichte geht hervor, daß man in § 2113 BGB. kein Verbot i. S. von § 135 BGB. aufstellen wollte[223]). Gegen diese Ansicht ist ferner einzuwenden, daß die Verfügungsbeschränkungen gemäß §§ 2113 ff. BGB. im Konkurs wirksam sind, während dies bei Verboten gemäß § 135 BGB. nicht der Fall ist (vgl. § 128 und 13 KO.). Weiterhin ist zu beachten, daß § 2113 Abs. 3 BGB. wegen § 135 Abs. 2 BGB. überflüssig wäre, wenn man dieser Ansicht zustimmen würde. Entscheidend spricht aber gegen die abzulehnende Ansicht der Zusammenhang von § 2112 zu § 2113 f.: Grundsätzlich soll der Vorerbe gemäß § 2112 BGB verfügen können; jedoch über die in den §§ 2113 ff. BGB. aufgeführten Gegenstände soll er keine Verfügungsmacht haben; diese soll er nur nutzen. Dem Vorerben ist die Verfügung über diese Gegenstände nicht verboten, vielmehr ist seine Verfügungsmacht durch schon jetzt bestehende Rechte des Nacherben an diesen Gegenständen, wie besonders aus §§ 2114 und 2116 ff. BGB. hervorgeht, die ein Recht des Nacherben in diesem Umfange anerkennen, derart eingeschränkt, daß er keine wirksame Verfügung insoweit vornehmen kann. In diesem Sinn spricht auch § 2136 von einer dem Vorerben durch die §§ 2113 ff. BGB. auferlegten „Beschränkung". — Hierdurch soll nicht behauptet werden, das Recht des Nacherben als solches sei schon gegenwärtig und vorhanden[224]); von diesem ist hier nicht die Rede. Vorliegend handelt es sich lediglich um die Frage, ob ihm Rahmen der §§ 2113 ff. BGB. ein Recht des Nacherben anerkannt werden kann, das dahin wirksam ist, daß es die Verfügungsmacht des Vorerben über diese Gegenstände einschränkt. Und diese Frage ist aus den vorstehenden Gründen zu bejahen und damit festzustellen, daß §§ 2113 ff. BGB. Verfügungsmachtbeschränkungen des Vorerben enthalten, Verfügungen des Vorerben gemäß diesen Bestimmungen absolut unwirksam sind[225]).

---

222) So Fromhold: § 2113 Anm. 1, Salinger: S. 197, Dernburg: § 58 Anm. 2, Biermann: I S. 177, Endemann: II § 115 Anm. 12, Rehbein: S. 174, Hellmann: S. 129, Schlegelmilch: S. 25, Boehmer, bei Schlegelmilch: a.a.O., Volmar: S. 76, Lieven: S. 26, Oettinger: S. 41, Aexander: S. 60, Wendt: S. 44 und die bei Fr. Leonhard: Erbr. § 2113 I C 3 Genannten.

223) Vgl. E. I § 1828.

224) Über diese Frage vgl. bei Fr. Leonhard: Bgl. Recht S. 232; auch Fr. Leonhard: Erbr. § 2139 I u. § 2108 V.

225) Fr. Leonhard: Erbr. § 2113 I C3, Planck-St.: § 2113/1 c u. § 2115/3, Herzfelder: § 2113 III Bb, Kipp: § 93 IV 1, Predari: § 8 IV 1 S. 202, RGRK. § 2113/2 u. § 135/2, Oertmann: Dogm. J. S. 246, v. Tuhr: II 1 S. 330 f., Raape: S. 145 ff., 123, Zauderer S. 58 u. 66, Solon: S. 12, Voß: S. 334, Herold: S. 496, Simon: S. 46 ff., RG. War. R. 1914 Nr. 126 u. a.

Im Zusammenhang hiermit mag noch die Bestimmung des § 2129 BGB. erwähnt werden, die die Wirksamkeit von Verfügungen eines Vorerben regelt, dem die Verwaltung des Nachlasses entzogen ist. Entgegen einer vereinzelten Meinung, die auch in dieser Bestimmung ein gesetzliches Verbot i. S. von § 135 BGB. sehen will [226]), ist mit der h. M. festzuhalten, daß mit der Verwaltungsentziehung der Vorerbe seiner Verfügungsmacht über Nachlaßgegenstände verlustig geht, seine Verfügungen also absolut unwirksam bleiben [227]).

Als letztes Beispiel aus dem BGB. für ein scheinbares Verfügungsverbot i. S. von § 135 BGB. ist die Bestimmung des § 1984 BGB. anzuführen, nach der der Erbe mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlaß verliert. Mit diesen Worten hat das Gesetz mit aller Deutlichkeit und Klarheit ausgesprochen, daß der Erbe seiner Verfügungsmacht verlustig geht und keine Verfügungen mehr vornehmen kann; seine Verfügungen sind absolut unwirksam [228]). — Zu Unrecht sucht man diese Rechtsfolge mit dem Hinweis abzustreiten, § 1984 BGB. verweise auf § 7 KO., der von relativer Unwirksamkeit, nämlich gegenüber den Konkursgläubigern, spreche [229]).

Dieser Einwand geht aber fehl. Auch § 7 KO. ordnet keine relative Unwirksamkeit an [230]), sondern gemäß § 6 KO. geht der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Konkursverfahrens des Verwaltungs- und Verfügungsrechts verlustig; ihm ist die Fähigkeit genommen, noch wirksame Verfügungen zu treffen [231]). An dieser in § 6 KO. festgelegten Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens kann der ungenaue Wortlaut von § 7 KO. nichts ändern, der lediglich besagen will, daß die Unwirksamkeit im Interesse der Konkursgläubiger bestehe [232]). Der Verfügung des Gemeinschuldners fehlt eine Wirksamkeitsvoraussetzung; der Gemeinschuldner kann nicht mehr verfügen, das Grundbuch ist ihm gesperrt [233]). Verfügungen sind absolut unwirksam.

---

226) Wendt: S. 44.

227) Vgl. Fr. Leonhard: § 2129 I, Planck-St.: § 2129/1, Hellwig: § 44 III 2 mit § 46 I Anm. 7 u. 8, Schachian: S. 89, Raape: S. 101, Zauderer: S. 67 u. a.

228) Mot. V § 1901 I S. 233, Fr. Leonhard: § 1984 II, Planck-St.: § 1984/2 a, Strohal: S. 815, Hellwig: a.a.O., Eccius: S. 487, Solon: S. 19, Herzfelder: § 1984 II B, RGRK.: § 1984/2, Herold: S. 495.

229) Kipp: § 78 VII 2, RGRK.: § 1984/3, Schachian: S. 84, Raape: S. 107, Schlegelmilch: S. 34, Zauderer: S. 53, Wendt: S. 47, Voß: S. 339, Simon: Seite 51.

230) A. M.: Schachian: S. 110 ff., Raape: S. 103, Schlegelmilch: S. 32, Sydow-Busch-K.: § 7/2, Nipperdey: § 135 II, RGRK.: § 135/2, Mentzel: § 7/4, Warneyer: § 7/2, Soergel: § 136/1, Rehbein: I S. 177, Vollmar: S. 69, Zauderer: S. 50, Wendt: S. 47, Simon: S. 51, RG.: 83/189.

231) So: Hellwig: a.a.O., Planck-Str.: § 2211/4 a. E., Herzfelder: § 1984 II B, Strohal: S. 813 f., Eccius: S. 481 ff., Jaeger: § 7 Anm. 8 u. 9, v. Tuhr: II/1 S. 332 ff., Solon: S. 19, Herold: S. 494, weitere Angaben bei Jaeger: a.a.O.

232) Vgl. dazu: Jaeger u. Planck-St.: a.a.O.; auch RG. 83 S. 189.

233) RG. 71 S. 38.

Mit diesem letzten Fall haben wir das Ende unserer Untersuchung erreicht. Bei der Betrachtung der einzelnen Fälle scheinbarer und echter Unwirksamkeit im BGB. und Nebengesetzen haben wir gesehen, daß Verfügungsverbot i. S. von § 135 BGB. und Verfügungsmachtbeschränkung sich eng berühren, und daß die betreffende Vorschrift jedesmal einer eingehenden Untersuchung bedarf, ob sie dem Berechtigten die Verfügungsgewalt entzieht oder beläßt; denn relative Unwirksamkeit ist die Rechtsfolge eines vollgültigen und wirksamen, aber vom Gesetz mißbilligten Rechtsgeschäfts.

LEBENSLAUF

Am 5. November 1905 wurde ich als Sohn des Pastors Karl Kuhlmann und seiner Ehefrau Julie, geb. Schmidt, in Brake i/Lippe geboren. Ich besuchte zwei Jahre die Volksschule in Brake und 1 Jahr die Vorschule des hum. Gymnasiums in Lemgo i/Lippe. Ostern 1915 trat ich in die Sexta dieser Anstalt ein und bestand Ostern 1924 die Reifeprüfung mit dem Prädikat „Gut".

Ich wurde zunächst Soldat und trat am 1. 4. 1924 in das Infanterie-Regiment 18 ein. Nach Ausbildung bei den Truppenteilen in Detmold und Paderborn und zweijährigem Besuch der Infanterieschule in Ohrdruf (Thür.) und inDresden wurde ich am 1. 4. 1928 zum Offizier befördert. Als Oberleutnant schied ich am 1. 5. 1930 aus dem Heere aus, um juristische Studien zu betreiben. Ich studierte 6 Semerster an der Universität in Marburg a. d. Lahn. Am 22. Juli 1933 bestand ich vor dem juristischen Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Prüfung mit dem Prädikat „Gut". Darauf trat ich am 15. August 1933 in den Referendar-Vorbereitungsdienst im Landgerichtsbezirk Detmold ein, in dem ich mich noch heute befinde.